



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
Faculdades Jurídicas e Sociais – FAJS. Curso de Direito

ANDRÉIA SANTOS DA GUARDA

**EFETIVIDADE JUDICATIVA E EMANCIPACIONISMO
JURISDICIONAL: PROBLEMAS E CARACTERÍSTICAS DO
ATIVISMO JUDICIAL**

Brasília
2014

ANDRÉIA SANTOS DA GUARDA

RA: 20852959

**EFETIVIDADE JUDICATIVA E EMANCIPACIONISMO
JURISDICCIONAL: PROBLEMAS E CARACTERÍSTICAS DO
ATIVISMO JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito
parcial para a conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília – UNICEUB

Orientador: Professor Danilo Porfírio de
Castro Vieira

Brasília

2014

ANDRÉIA SANTOS DA GUARDA
RA: 20852959

**EFETIVIDADE JUDICATIVA E EMANCIPACIONISMO
JURISDICIONAL: PROBLEMAS E CARACTERÍSTICAS DO
ATIVISMO JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito
parcial para a conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília – UNICEUB

Orientador: Professor Danilo Porfírio de
Castro Vieira

Brasília, 7 de abril de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador Danilo Porfírio de Castro Vieira

Aos meus pais, Roberto e Cândida.

“Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana, seja apenas outra alma humana.”

Carl Jung

AGRADECIMENTOS

*Agradeço primeiramente a Deus, pela oportunidade
de chegar até aqui.*

*Em seguida, ao meu pai, Roberto (in memoriam)
que me ensinou a ser humana.*

À minha querida mãe que me ensina a ser forte.

*Igualmente, aos meus irmãos que me fazem crer
que é possível realizar sonhos.*

E ao Rafael, pelo apoio e amor.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto perquirir os fundamentos do atual debate sobre a expansão do poder jurídico e o ativismo judicial como fenômenos complexos. Uma das principais características do Direito Constitucional Contemporâneo é a amplitude temática e a complexidade normativa das Constituições, que introduzem cada vez mais desafios à interpretação constitucional. Pretende-se verificar em que medida uma atuação proativa do Poder Judiciário poderá ser considerada legítima para promover a concretização das normas e valores constitucionais à sociedade. Para isso, a pesquisa procura investigar os limites de atuação judicial em questões políticas e controvertidas na consciência da sociedade. Também o equilíbrio e harmonia preconizados pelo princípio da separação dos poderes, bem como o princípio democrático diante da postura criativa da Corte Constitucional em face das omissões legislativas quanto a determinadas matérias. Para tanto, o estudo tem início em breve histórico do constitucionalismo no Estado de Direito, observando suas principais implicações e, após, é feito um levantamento de casos que remetem à expansão judicial iniciada na Suprema Corte norte-americana. Por fim, é realizado um estudo do fenômeno do ativismo judicial, em linhas gerais e, em seguida, no Supremo Tribunal Federal, analisando alguns casos julgados a fim de constatar o fenômeno do ativismo judicial e a possível atuação do jurista na concretização de direitos.

Palavras-Chaves: Ativismo Judicial. Expansão jurisdicional. Judicialização da política. Legitimidade. Democracia. Separação dos poderes. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This study has a goal to assert the fundamentals of the current debate about expanding the legal power and judicial activism as complex phenomena. One of the main features of the Contemporary Constitutional Law is the thematic breadth and the complexity of regulatory constitutions, introducing more and more challenges to constitutional interpretation. It is intended to verify to what extent a proactive action of the Judiciary may be considered legitimate to promote the implementation of constitutional norms and values in society. For this, the research investigates the limits of judicial action on political and controversial issues in the consciousness of society. Also the balance and harmony advocated the principle of separation of powers as well as the democratic principle on the creative approach of the Constitutional Court in the face of legislative omissions as to certain matters. Thus, the study begins in the brief history of constitutionalism rule of law, noting their implications, and after, is a survey of cases that refer to judicial expansion begun in the United States Supreme Court. Finally, a study of the phenomenon of judicial activism in general terms is performed and then the Supreme Court, analyzing some cases tried to ascertain the phenomenon of judicial activism.

Key-words: Judicial Activism. Judicial expansion. Judicialization of politics. Legitimacy. Democracy. Separation of powers. Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO.....	12
1.2 O judiciário como Guardião da Constituição	16
1.3 Legitimação Jurisdicional.....	20
1.3.1 Legitimação Jurisdicional no Brasil.....	24
2. EXPANSÃO JURISDICIONAL.....	28
2.1 O Caso Marbury versus Madison.....	28
2.2 A Corte de Warren.....	31
2.2.1 <i>Brown versus Board of Education</i>	32
2.2.2 <i>Griswold v. Connecticut</i>	34
2.2.3 <i>Miranda v. Arizona</i>	35
3. ATIVISMO JUDICIAL.....	37
3.1 Considerações Preliminares.....	38
3.2 Judicialização da Política.....	43
3.3 Ativismo Judicial.....	47
3.4 Objeções ao Ativismo Judicial.....	51
3.5 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal.....	56
3.5.1 <i>O direito de greve no serviço público</i>	57
3.5.2 <i>A pesquisa com células-tronco embrionárias</i>	58
3.5.3 <i>A interrupção da gestação de feto anencefálico</i>	59
3.5.3 <i>O reconhecimento da união estável homoafetiva</i>	61
3.6 Um problema de “Direito”	65
CONCLUSÃO.....	69
REFERÊNCIAS.....	71

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por escopo perquirir os caminhos do atual debate sobre a expansão do poder jurídico e o ativismo judicial como fenômenos complexos, bem como, averiguar a postura proativa nas decisões do Supremo Tribunal Federal, principalmente em matéria de direitos fundamentais, para então proceder aos fundamentos que permitem constatar esse modo de atuação e seus principais desdobramentos.

Uma das principais características do Direito Constitucional Contemporâneo é a amplitude temática e a complexidade normativa das Constituições, que introduzem cada vez mais desafios à hermenêutica jurídica. Isso posto, impende verificar em que medida uma posição ativista do Poder Judiciário poderá ser considerada legítima à efetivação normas e valores constitucionais à sociedade, diante dos limites ideológicos e institucionais a essa atuação.

Assim, o presente estudo propõe investigar o exercício proativo da jurisdição à vista do equilíbrio e harmonia preconizados pelo princípio da separação dos poderes, bem como o princípio democrático, perante a postura criativa das Cortes Constitucionais, principalmente a brasileira, em face das omissões legislativas em determinadas questões políticas e controvertidas na consciência da sociedade.

Para tanto, no primeiro capítulo, o estudo apresenta breve histórico do constitucionalismo no Estado de Direito, observando suas principais implicações, entre elas, a noção de democracia, que institui determinados valores e a proteção destes no texto da Constituição. Também é colocada a célebre discussão travada entre Kelsen e Schmitt quanto a quem deve ser conferido o mister de Guardião da Constituição.

Após, no segundo capítulo, busca-se observar a atuação da Suprema Corte norte-americana, mais precisamente quando na presidência de Earl Warren, período no qual diversas decisões em questões controvertidas foram solucionadas pela jurisdição para além das estritas formalidades legais. Assim, pretende-se notar a possível influência dessas decisões na expansão judicial no Brasil e no mundo.

Em seguida, no terceiro e último capítulo, é abordado o fenômeno do ativismo judicial e alguns de seus expoentes, como a judicialização da política, levantando a diferenciação entre os termos e suas abordagens. Ressalva-se, porém, a dificuldade

de firmar um conceito sólido para a locução “ativismo judicial”, na medida em que há divergências, também, quanto aos parâmetros aceitos na hermenêutica jurídica.

Outrossim, são registradas algumas e objeções ao ativismo judicial quais sejam os possíveis riscos à legitimidade democrática; a indevida politização da justiça; e ameaça aos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário, ante a dificuldade em prever os efeitos das decisões. Igualmente, são levantadas teses favoráveis à postura ativista.

Em seguida, é feito um levantamento de alguns casos polêmicos e de grande repercussão social, apreciados pela Suprema Corte brasileira. Nesse ponto, procura-se investigar o motivo de questões políticas e sociais controvertidas estarem ocupando a pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal. Diante desse cenário, emerge a necessidade de se examinar a relação de forças entre os poderes, a fim de verificar se há uma situação de desarmonia ou se o atual quadro apenas retrata a dinâmica normal do sistema perante as demandas da sociedade.

Trata-se de tema de notória relevância jurídica e social, pois é matéria frequentemente colocada nos principais noticiários, bem como em grande parte da doutrina constitucional, uma vez que o atual destaque do Supremo Tribunal Federal tem demandado peculiar reflexão voltada ao debate da dimensão político-institucional das Cortes Supremas.

Ao final, pondera-se, em breves linhas, o problema da atual dicotomia da dogmática jurídica, tendo em vista as constantes transformações sociais, em detrimento da estabilidade normativa e, diante disso, a possibilidade de atuação do juiz de modo transcendente às limitações legais, como efetivador real e prático de direitos e de mudanças sociais.

1 ESTADO DE DIREITO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

No século XVII, após diversos movimentos intelectuais e políticos em luta pela conquista de liberdades frente aos poderes dominantes, a Revolução Gloriosa inaugurou uma noção de Democracia, ao instituir uma Constituição delimitadora dos poderes governamentais, bem como, a supremacia do Parlamento. Nesse momento, tem início a ideia de governo firmado na lei, o princípio da legalidade e uma noção da separação das funções¹. Na lição de Conrado Hübner “o sistema constitucional inglês, a partir desse momento, se propunha como vitrine institucional para o restante da Europa, um primeiro marco para o exercício moderado do poder do Estado nacional”.²

A Revolução Francesa também teve grande importância no processo de construção da ideia de democracia. Fundamentada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, essa revolução acentuou a noção de legalidade, separação dos poderes, além de firmar a pessoa humana como sujeito de garantias e direitos fundamentais e universais. Deixou pendente, entretanto, o equilíbrio entre soberania popular e a constituição.³

Já a Revolução Estadunidense é considerada a responsável por consolidar o constitucionalismo moderno. As funções de cada poder foram aprimoradas, pois ao instituir uma Federação, os poderes foram desconcentrados aos Estados-Membros e descentralizadas as funções. Assim, essa revolução “superou o sistema constitucional inglês, pois percebeu que constitucionalismo sem democracia redundaria em absolutismo parlamentar”⁴. Posto isso, foram instituídos mecanismos para propiciar o desejado equilíbrio entre os poderes governamentais, como a forma federativa, que descentralizava os poderes; a tripartição das funções estatais, uma

¹ “No Parlamento, equilibravam-se o poder monárquico (com faculdade de veto), o aristocrático (House of Lords) e o popular (House of Commons, elementos da doutrina do King in Parliament).” MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p.4-5.

² MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p. 5.

³ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p. 2-6.

⁴ FIORAVANTI, *Constitución*, p. 109. In: MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p.6.

divisão orgânica e horizontal; o bicameralismo, que atribuíra ao presidente a possibilidade de veto e o aval do senado para algumas hipóteses.⁵

Quanto à Revolução Constitucional Americana, entretanto, é possível afirmar que esta não teve marco final no que tange à busca em aprimorar o equilíbrio entre os poderes e proporcionar garantias para os direitos assegurados sob a regência da Constituição. Assim, esse movimento avançava progressivamente e teve seu cume com o caso *Marbury v. Madison*, quando foi discernida a política ordinária da política constituinte, culminando na concepção de que a Constituição é a lei suprema e cabe ao judiciário o zelo pelas normas constitucionais. Surge assim, o instituto denominado controle de constitucionalidade, o qual abriu um viés interpretativo e a possibilidade de decidir contra o legislador ordinário.⁶

O constitucionalismo, portanto, emerge e se consolida após as revoluções liberais como o modelo adequado para construção de uma sociedade livre, justa, igualitária e de um Estado democrático fundado na lei. Mostra-se à época como a melhor alternativa para limitação do poder governamental, e garantia de direitos à pessoa humana. Para Luís Roberto Barroso, o sucesso dessa forma de institucionalização do poder é amparada em três fundamentos:

- I - legitimidade – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte;
- II – limitação do poder – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias;
- III – valores – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.⁷

Na lição de Conrado Hübner o constitucionalismo na contemporaneidade é formado por dois ideais: “Um [...] preconiza a existência de barreiras ao poder político e à maioria para a preservação da liberdade e dos direitos. O outro,

⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p. 2-6.

⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p. 13-16.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: Ano I, v. I, n. 6, set. 2001, p.7. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf >. Acesso em: 16 set. 2013.

participação e igualdade política. Este afirma que todos devem participar como sujeitos iguais na tomada de decisões políticas. Aquele, que o poder tem limites”.⁸

Como pondera o autor, para garantia e proteção desses princípios, o denominado controle jurisdicional de constitucionalidade surge como instituto mais adequado. Essa função atribuída aos juízes para zelar pela regularidade das instituições e das práticas sociais perante o Estado de Direito tem causado polêmica, pois há argumentos que afirmam serem estas decisões judiciais contramajoritárias, isto é dizer que há uma aparente contradição da supremacia das decisões dos juízes – que não representam a vontade da maioria – em detrimento das decisões emanadas pelos demais poderes.⁹ Esse fenômeno é denominado por Luís Roberto Barroso como “*dificuldade contramajoritária*”¹⁰. A investidura dos juízes e membros do Poder Judiciário não ocorre por meio de voto do povo, ou seja, não representam a vontade da maioria popular. Porém, ao invalidarem atos do Legislativo ou do Executivo, ou ordenarem a estes o cumprimento de decisões judiciais estão, sem dúvida, exercendo função política.

Nesse sentido, impende transcrever o trecho da obra *The least dangerous branch*, de Alexander Bickel:

A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (judicial review) é uma força contramajoritária em nosso sistema. [...] Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. [...] O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial.¹¹

Ao lado da crítica quanto à sua legitimidade democrática, a denominada expansão jurisdicional, embora fundada no argumento de defender a ordem jurídica, também é questionada no que se refere à eficácia na proteção dos direitos

⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p.9.

⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p.10.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, fev/maio. 2010, p.12.

¹¹ BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch*, 1986, pp. 16-23, *apud* BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, fev/ maio. 2010, p.12.

fundamentais. Um dos principais teóricos dessa corrente, Jeremy Waldron¹², defende a tese de que nas sociedades democráticas nas quais o Poder Legislativo seja eficiente e em boa situação, as divergências de direitos devem ser solucionadas no âmbito do processo legislativo e não no judiciário porque, para ele, os debates legislativos são influenciados por situações individuais e as razões das decisões legislativas já são fundamentadas quando da promulgação da lei enquanto os juízes se ocupam exageradamente com o significado das palavras e não com a questão de fundo; além disso, os legisladores têm melhor condição de avaliar de suas decisões como um todo.¹³

Ran Hirschi, por sua vez, faz uma crítica de viés ideológico ao considerar que o aumento do poder judicial por meio da constitucionalização é uma reação das elites tradicionais contra a política majoritária, a participação popular e, por consequência, contra a democracia. Para ele tal fenômeno é, de modo geral

[...] um pacto estratégico entre três partes: as elites políticas hegemônicas (e crescentemente ameaçadas) que pretendem proteger suas preferências políticas contra as viscitudes da política democrática; as elites econômicas que comungam da crença no livre mercado da antipatia em relação ao governo; e cortes supremas que buscam fortalecer seu poder simbólico e sua posição institucional.¹⁴

De modo inverso, Hübner afirma que o próprio pensamento político reconhecia que o regime democrático tinha como desafio conter o descontrole da deliberação majoritária, sob pena de ameaçar a própria democracia:

Assim o regime teria de ser maneirado por mecanismos contramajoritários. Pareceria menos perigoso confiar a um órgão de juízes a função de conservar os direitos mínimos do que delega-la à virtude cívica dos cidadãos ou às assembleias. Essas teriam maior legitimidade democrática, mas trariam consigo maior risco de instabilidade, maior propensão ao impasse decisório.¹⁵

¹² WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006. *apud* ZANITELLI, Leandro Martins. Waldron e o controle judicial de constitucionalidade das leis: um estudo crítico sobre The core of the case against judicial review. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 9, n. 1, p. 59-74, jan/jul. 2008, p.61-65.

¹³ ZANITELLI, Leandro Martins. Waldron e o controle judicial de constitucionalidade das leis: um estudo crítico sobre The core of the case against judicial review. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 9, p. 59-74, n. 1, jan/jul. 2008, p.61-65.

¹⁴ HIRSCHIL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 214, *apud* BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Vol. 12, nº 96, Fev/ Mai. 2010, pp. 12-13.

¹⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p.11.

Assim, diante do compromisso democrático entre Constituição e sociedade, percebe-se que a proteção deste deve ir além da vontade das maiorias, por vezes descontroladas e influenciadas por situações momentâneas ou ideologias inconstantes. Porém, essa tutela há de abarcar, também, as gerações futuras a fim de manter íntegros os valores fundamentais e impedir uma autodestruição movida por impulsos ocasionais majoritários. Nesse sentido, portanto, o controle de constitucionalidade é um meio indireto de impor à maioria restrições a fim de proteger os direitos das minorias e, assim, garantir justiça e democracia sob a regência dos ideais fundamentais da sociedade, instituídos e consolidados na constituição.

1.2 O guardião da Constituição

Ao final da república de Weimar, uma polêmica discussão foi travada entre Hans Kelsen e Carl Schmitt a fim de definir quem deveria ser o guardião da Constituição. Para Kelsen, a Constituição possui uma função política de estabelecer limites ao exercício do poder e a garantia da Constituição implica a segurança de que esses limites não serão ultrapassados. Assim, afirma que é indubitável que nenhuma instância é tão pouco conveniente para o exercício de tal função quanto aquela à qual a Constituição confia o exercício do poder e, portanto, possui primordialmente, a habilidade para vulnerá-la. Lembra, o autor, da unanimidade do princípio técnico-jurídico de que ninguém pode ser juiz em causa própria. O jurista austríaco defendia a tese de que a guarda da constituição deveria ser confiada a um tribunal constitucional.¹⁶

Kelsen¹⁷ prossegue rejeitando a tese daqueles que defendiam que o guardião da Constituição deveria ser o monarca. Segundo ele, esta seria uma ideologia para mascarar a perda de poder que o Chefe de Estado vivenciava com o declínio da monarquia absoluta para a ascensão da constitucional. Na doutrina da monarquia Constitucional o monarca era considerado, exclusivamente ou não, uma

¹⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁷ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.239-249.

espécie de terceira instância neutra situada acima dos dois polos de poder — governo e parlamento —, e, assim, caberia a ele cuidar para que o exercício do poder respeitasse os limites constitucionais.

Já o jurista alemão Carl Schmitt, numa interpretação da Constituição de Weimar, defendia que a guarda da Constituição não poderia ser entregue ao Tribunal Federal ou outro tribunal, conforme o artigo 19, mas apenas ao presidente do *Reich*, com base no artigo 48 do referido texto constitucional. Para ele, esse artigo conferia ao presidente do Reich poderes extraordinários destinados à guarda da Constituição, sendo este um poder neural, isto é, mediador.¹⁸

Schmitt, em sua tese, era contrário à jurisdição constitucional, ou seja, refutava a atribuição da função de guarda da constituição a um tribunal independente. Kelsen contesta tal posicionamento quando Schmitt, querendo demonstrar que os tribunais na Alemanha — civis, criminais e administrativos — ao exercerem um controle jurídico material sobre as leis que devem aplicar, não seriam, precisamente, guardiães da constituição. Entretanto, não nega esse título à Corte Suprema americana, embora esta faça, essencialmente, o mesmo que os tribunais alemães quanto ao direito de controle, isto é, não aplicam ao caso concreto as leis consideradas inconstitucionais.¹⁹ Assim, o poder de controle desses tribunais diferenciavam-se somente no plano quantitativo, pois o tribunal alemão não afastava uma lei inconstitucional apenas para um caso concreto, como o fazia a Corte Americana, mas sim para todos os casos. Dessa forma, Kelsen contesta:

De que serve observar então, como faz Schmitt, que a função constitucional de um guardião da Constituição consiste em 'substituir e tornar supérfluo o direito geral e ocasional de desobediência e resistência que repousa no direito de controle material' e 'que apenas não estamos diante de um guardião da Constituição no sentido institucional'? Isso, em realidade, não basta para chegarmos ao 'sentido preciso' do conceito 'guardião da constituição'; basta apenas para concluir que os tribunais, mesmo quando exercem o direito de controle, 'não devem ser considerados guardiães da Constituição'. Uma afirmação meramente terminológica, pois Schmitt não pode desmentir que um tribunal, quando rejeita a aplicação de uma lei inconstitucional, suprimindo assim sua validade para o caso concreto, funciona como garante da constituição, mesmo que não se lhe conceda o altissonante título de 'guardião da Constituição', ou seja, se

¹⁸ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.249.

renuncie a uma expressão cujo *pathos* já é, por si só, uma advertência contra tendências ligadas a ela.²⁰

A tese de Carl Schmitt parte do pressuposto de que há uma contradição essencial entre as funções jurisdicionais e as funções políticas. A decisão quanto à constitucionalidade das leis e a anulação das normas inconstitucionais seria um ato político, donde é possível deduzir que essa atividade não seria, portanto, jurisdicional. Kelsen confronta esse ponto destacando a cautela que se deve ter quanto ao termo “política”, um conceito polissêmico num contexto de oposição a “jurisdição”.²¹

Segundo argumenta Kelsen, é falsa a afirmação de que a “política” é função apenas do legislador, o qual impõe sua vontade aos indivíduos e exerce o poder de obriga-los aos ditames legais, decidindo os conflitos de interesses no âmbito da legislação; ao passo que o juiz é mero aplicador das normas. Para ele, essa concepção pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado no âmbito do processo legislativo, quando, na realidade, o poder tem continuação ou mesmo início na jurisdição:

O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. (...) **Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder que dá a função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que possui — ainda que em menor medida — a legislação** (grifo nosso).²²

De modo contrário, Schmitt considera que a decisão judicial, ainda que permeada pela discricionariedade, já está contida na lei, sendo apenas uma operação lógica dos dispositivos normativos. É a jurisdição como mero automatismo jurídico, uma vez que, na verdade, é deduzida de outra decisão: a legislativa.²³

O positivista Kelsen, entretanto, novamente refuta os argumentos do jurista alemão ao afirmar que inexiste qualquer diferença qualitativa entre lei e sentença,

²⁰ Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.249 – 250.

²¹ Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²² Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 251.

²³ Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ambas produzem direito e utiliza-se, ainda, dos próprios argumentos de Schmitt para demonstrar que a jurisdição é norteadada pela legislação, porém aquela não é limitada pela função legislativa, pois em toda decisão judicial há um elemento de decisão pura que não pode ser deduzido meramente da lei. Essa conclusão é finalizada com aguçada crítica ao pensamento de Schmitt:

[...] Torna-se vazia toda a argumentação pela qual o controle de constitucionalidade não seria jurisdição por causa do seu caráter político. Permanece apenas a questão sobre por que um autor de inteligência tão extraordinária como Schmitt se enreda em contradições tão palpáveis apenas para poder sustentar a tese de que a jurisdição constitucional não seria jurisdição, mas sim legislação, quando de seu próprio raciocínio se depreende que ela pode e deve ser as duas coisas.²⁴

A conclusão de Carl Schmitt quanto a quem deveria ser o guardião da Constituição é que esta função deve ser atribuída ao presidente do *Reich*, pois ele, eleito pelo povo, é designado a zelar pela unidade do povo como um todo político, operando como contrapeso para o pluralismo de grupos de poder, dispondo, também, da possibilidade, pelo referendo popular, “de se ligar diretamente a essa vontade geral do povo alemão”.²⁵ Assim, ele considera que confiar a um tribunal constitucional a guarda da constituição seria decisão incoerente ao princípio democrático. Para Kelsen, entretanto, diante da independência decisória do Tribunal Constitucional — que poderia criar direitos dentro de limites — este deveria ser o guardião da constituição, exercendo, inclusive, a atividade de legislador negativo.

Nesse embate, prevalece a tese kelseniana sobre a de Schmitt. A corte assume a guarda da constituição e a dimensão de suas atribuições é determinada pela constituição. Essa perspectiva inspirou a expansão do Tribunal Constitucional pelo continente europeu e por diversos países fazendo que os Tribunais Constitucionais ganhassem cada vez mais relevância na interpretação e aplicação de direitos.

²⁴ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 259.

²⁵ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 280.

1.3 Legitimidade Jurisdicional

Diante do contexto supra exposto, os tribunais adquiriram papel de destaque quanto à função de garantir os direitos individuais e aplicar as normas constitucionais. Assim, o Tribunal constitucional ganhou a atribuição de ser o órgão competente para definir, em último grau, os julgamentos quanto à compatibilidade das leis perante a constituição, a fim de zelar para que as decisões políticas majoritárias não vulnerassem o núcleo fundamental de normas sobre as quais a sociedade é firmada.

Dessa forma, pode se afirmar que a transição do paradigma do Estado Liberal para o Estado Social conferiu nova posição ao Judiciário, o qual assumiu alçada ainda mais relevante. Nesse sentido, Oscar Vilhena diz que “[...] quanto maior for o rol de princípios e direitos colocados pela constituição a salvo das decisões majoritárias, mais amplas serão as atribuições de um tribunal constitucional”.²⁶

A despeito da relevância e difusão dos Tribunais constitucionais pelos países, a legitimidade destes é frequentemente contestada. Prova disso, é o imenso número de teses e intervenções teóricas sobre o tema sempre colocando à tona o debate de como, numa democracia, legitimar um Tribunal Constitucional, que além de garante da Constituição, é o último a decidir sobre o que está em conformidade com as normas e princípios constitucionais e o que viola tais institutos, podendo revogar, inclusive, a vontade do legislador.²⁷

Não se pretende aqui promover um debate mais aprofundado quanto ao conceito de legitimidade, mas sim ponderar algumas teses favoráveis e contrárias à legitimidade do poder judicial frente à dos demais poderes, em especial, o legislativo e, também, em relação à democracia.

Francisco Gérson Marques de Lima²⁸, considera o conceito de legalidade mais técnico-jurídico do que o de legitimidade, este mais político-jurídico ou

²⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.25.

²⁷ MARTINS, Ives Gandra. *Ativismo Judicial do STF*. *Revista Visão Jurídica*. Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>> Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

²⁸ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.107.

ideológico. Ambos não devem ser confundidos como sinônimos, tampouco excludentes. Esses conceitos complementam-se de modo que uma ação do Estado pode ser legítima, porém ilegal e vice-versa. Para ele, a legitimidade atrela-se à democracia no sentido de que é verificada “conforme seja a expressão de valores com os quais estejamos ou não de acordo” ²⁹ e assim, “quando o indivíduo questiona sobre os valores que fundamentam a norma e se convence de que não representam a vontade da maioria, então falta legitimidade, o que não se confunde com legalidade”. ³⁰

Diante dessa concepção democrática de legitimidade, Francisco Gérson questiona como fica o poder judiciário quando na interpretação atualizadora ou criadora das normas? E quando revê ato legislativo? Ou ainda quando determina o cumprimento de suas decisões aos demais poderes? Conforme o autor, dizer apenas que tal fundamento justifica-se pela Constituição não é suficiente, pois, caso o fosse, qualquer órgão ou governo, ainda que tirano, desde que com poderes instituídos na constituição, seria legítimo. ³¹

Ronald Dworkin desenvolveu uma teoria geral da decisão judicial na qual estão subentendidos dois tipos de Estado de Direito: o Estado de Direito firmado no livro das regras (rulebook conception), em que os direitos estão todos previstos em textos legais aos quais o juiz é estritamente fiel; e o Estado de Direito protetor de direitos em sentido forte (rights conception) o qual soma aos textos formais um ideal mínimo de justiça que permitiria ao juiz transcender as normas políticas formais. ³²

Nessa esteira, o juiz aplicador das regras é neutro na compreensão do texto legal opõe-se ao juiz protetor dos princípios, pois argumenta e decide com base em fundamentos de moralidade política. Este último tem sua legitimidade por vezes contestada e negada ao argumento de que, ao extrapolar as decisões políticas já firmadas pelo legislador, estaria, indevidamente, a exercer a função legislativa. ³³

²⁹ BASTOS, Celso. Dicionário de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994 p. 97 *apud* LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009.

³⁰ BASTOS, Celso. Dicionário de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994 p. 97 *apud* LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009.

³¹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 113-114.

³² MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p.35-36.

³³ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p.36.

Dworkin, entretanto, refuta a tese de que o judiciário estaria se apossando da função legislativa ao dizer que “se o juiz fundamenta adequadamente sua decisão com base em princípio, a objeção de que estaria usurpando função do legislador não se sustenta, porque decisões de princípio não dependem do tipo de legitimação subjacente à decisão majoritária” ³⁴. Assim, o juiz ao decidir com alicerce nos princípios, não se reduz a representar a vontade da maioria, mas busca assegurar ao indivíduo um *status* de dignidade moral:

O argumento de princípio não se baseia no balanceamento de interesses contrapostos, em critérios para distribuição de recursos dentro da comunidade, na vontade da maioria, [...] mas na consideração abstrata do indivíduo como sujeito moral. ³⁵

Igualmente, Oscar Vilhena argumenta que a fundamentação e as razões expostas na decisão proferida pelo magistrado, permitem ao Judiciário favorecer a democracia, uma vez que serão protegidos os princípios basilares da ordem constitucional:

Assim, ao buscar dar a melhor interpretação possível aos dispositivos especialmente protegidos, como cláusulas superconstitucionais, subsidiado por um processo de argumentação racional em que os componentes da Corte se encontrem em posição de igualdade e liberdade argumentativa, o Tribunal constitucional poderá decidir quais emendas ferem e quais não ferem as cláusulas superconstitucionais de maneira mais legítima. Isto não significa que a Corte não esteja engajada em um processo antimajoritário. Porém, se for capaz de impedir a abolição ou erosão dos princípios fundantes da ordem constitucional, entendida como reserva de justiça, e de seus elementos que habilitam a perpetuação do processo político democrático, a corte estará, paradoxalmente, favorecendo a democracia. ³⁶

Dworkin, Luis Roberto Barroso, entre outros, representam o pensamento da corrente substancialista na qual os teóricos acreditam que as relações entre direito e política são imprescindíveis e em muito acrescentam para o alcance da igualdade, sem prejuízo da liberdade. Tal concepção atrela o direito aos valores socialmente reconhecidos por meio dos princípios que permeiam a Constituição. ³⁷

³⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p.38.

³⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008, p.38

³⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.239.

³⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; Czelusniak, Vivian Amaro. Constitucionalismo e Democracia nas Análises Procedimentalista e Substancialista. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Santa Catarina, v. 33 n. 65, p. 189-207, dez. 2012.

Por outro lado, a corrente procedimentalista, representada principalmente por Habermas e Ely, advoga a tese de que a crescente imersão do direito na política é ilegítima, pois enfraquece a democracia por possibilitar aos juízes,— não legitimados democraticamente pela vontade popular—, atuarem de igualmente à função legislativa, podendo, ainda, invalidar atos exercidos pelos poderes políticos.³⁸ Assim, para Habermas, o ponto central dessa questão resume-se em dizer que “[...] a crítica à jurisdição constitucional se desenvolve sempre em vista da distribuição de competências entre o legislador democrático e a atividade jurisdicional, sendo, portanto, sempre uma discussão em torno do princípio da divisão dos poderes”.³⁹

Segundo Habermas, uma norma somente pode ser legítima se elaborada por meio da participação democrática da sociedade, positivando-se os princípios basilares do discurso. A crítica também é direcionada contra a interpretação judicial criadora de direitos, ao fundamento de que o juiz carece de legitimação democrática e, por isso, deve restringir a decisão à aplicação do direito pré-existente:

[...] um sistema jurídico não adquire autonomia somente para si mesmo. Pois ele só é autônomo na medida em que os processos institucionalizados da legislação e da jurisdição garantem uma formação imparcial da opinião e da vontade, abrindo assim o caminho para entrada da racionalidade moral procedimental no direito e na política. E não pode haver direito autônomo sem a consolidação da democracia.⁴⁰

No mesmo sentido, Ely⁴¹ argumenta que a concepção de que os juízes podem inferir direitos e valores a partir da Constituição é antidemocrática e inconsistente porque a noção quanto aos valores vai se transformando ao longo do tempo. Assim, a Corte apenas deveria inferir direitos de ordem processual e não substantiva para garantir e reforçar os processos democráticos populares. Antoine

³⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; Czelusniak, Vivian Amaro. Constitucionalismo e Democracia nas Análises Procedimentalista e Substancialista. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Santa Catarina, v. 33 n. 65, p. 189-207, dez. 2012.

³⁹ HABERMAS, Jürgen, 1992 *apud* ESTEVES, Maria da Assunção. *Legitimação da Justiça Constitucional e Princípio Majoritário*. In: SOUSA E BRITO, José de, et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Consitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional* – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra Editora, 1995, p.127.

⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997.

⁴¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; Czelusniak, Vivian Amaro. Constitucionalismo e Democracia nas Análises Procedimentalista e Substancialista. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Santa Catarina, v. 33 n. 65, p. 189-207, dez. 2012.

Garapon⁴², por sua vez, complementa tal discussão dizendo que ao buscar conferir direitos ante as lacunas legislativas, o judiciário apenas amplia a crise de autoridade da democracia.

1.3.1 Legitimidade Jurisdicional no Brasil

No Brasil, é possível afirmar que a corrente substancialista é a majoritária dentre os teóricos. A disposição constitucional da Carta de 1988 está atrelada a valores, princípios e define fins a serem alcançados pelo Estado ultrapassando, portanto, a concepção meramente formal e procedimental.

O arranjo institucional disposto na Constituição de 1988 pontifica a estrutura do Poder Judiciário e atribui ao Supremo Tribunal Federal a função de órgão de cúpula competente para proteger as normas e valores constitucionais, inclusive diante dos demais poderes do Estado. Essa função peculiar, já havia sido pontuada pelo Ministro Aliomar Baleeiro, em 1968:

[...] o Supremo carrega por precípua missão a de fazer prevalecer a filosofia política da Constituição Federal sobre todos os desvios em que o Congresso e o presidente da República, Estados, Municípios e particulares se tresmalhem, quer por leis sancionadas ou promulgadas, quer pela execução delas ou pelos atos naquela área indefinida do discricionarismo facultado, dentro de certos limites, a ambos aqueles Podêres. O traçado desses limites, quer quanto ao legislador quer quanto ao executor, nunca foi, não é, e nem será nunca uma linha firme, clara e inconfundível. Há uma terra de ninguém nesta faixa fronteiriça.⁴³

Além de aumentar o rol de competências do Supremo Tribunal Federal, a Carta Constituinte de 1988 reforçou o papel político de modo que se tornou tão relevante e influente a ponto de Oscar Vilhena denominar de *Supremocracia*⁴⁴. Essa atribuição política da Suprema Corte advém do cenário de crise institucional do Brasil e a redemocratização que confiou ao STF a missão de proteger as liberdades

⁴² GARAPON, Antoine. *O guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. *apud* VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito G V*, a. 4, v.2, p. 441-463, jul/dez. 2008, p.445

⁴³ BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Êsse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p.103.

⁴⁴ O termo refere-se à crescente expansão da autoridade política do Supremo e o destaque em detrimento dos demais poderes. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito G V*, a. 4, v.2, jul/dez. 2008, p.445.

e direitos individuais, bem como garantir o equilíbrio federativo, impondo a supremacia da constituição e das leis federais⁴⁵:

[...] a promulgação desta Carta coincidiu com a época em que o País saía de vez da ditadura militar e adotava novas fórmulas democráticas e de respeito ao Estado de Direito. Nesta transição, foi incumbida ao STF, como, de resto, a todo o Judiciário Brasileiro, a atribuição de assegurar as novas conquistas sociais, os direitos e garantias fundamentais, e de garantir a real consolidação da nova realidade (abertura política, participação democrática, submissão à legislação do País, segurança do regime etc.). Imensa responsabilidade, portanto a do Judiciário e, especialmente, a do STF. Deveras a CF/1988 depositou especial confiança no Judiciário e lhe outorgou sublime papel na consolidação no novel regime.⁴⁶

Ocorre que, por não ser o Supremo um órgão representativo da vontade majoritária, nos moldes do Poder Legislativo, quanto à escolha e função de seus membros, é questionado, por alguns autores, quanto à legitimidade para defender a constituição e dar a decisão final nos processos, podendo, inclusive, criar direitos ou, ainda, obrigar outros órgãos do governo ao cumprimento de suas decisões.

Segundo Francisco Gérson Marques de Lima⁴⁷, as ideias básicas da democracia assentam-se no Governo da Maioria, periodicidade dos governantes e participação popular, de maneira que o poder seja aceito. Para o autor, “o modo de escolha dos membros do STF ofende, de uma só tacada, todas estas ideias”⁴⁸. Além disso, afirma que é notória a existência de grupos de pressão sobre a Suprema Corte brasileira, em especial provenientes do Planalto, de forma tanto disfarçada, quanto aberta, a depender da questão. E nessas pressões, é corriqueiro que Ministros nomeados por determinado Presidência da República a ele se vinculem, seguindo as suas diretrizes.

Para André Ramos Tavares⁴⁹, entretanto, são legítimos os membros dos Tribunais Constitucionais e, mais especificamente, os do STF, uma vez que chegam à alta corte por nomeação presidencial, tornando-se vitalícios. Assim, destaca que a vitaliciedade afasta a partidarização dos membros do Tribunal. Para

⁴⁵ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 100.

⁴⁶ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 101.

⁴⁷ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 115.

⁴⁸ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 115.

⁴⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 114.

o autor, os magistrados da Corte podem, dessa forma, permanecer distantes da política partidária, pois o envolvimento aberto com tal atividade é mesmo visto por todos como ilegítimo. Sustenta, portanto, seu argumento na democracia indireta e no dever de a democracia respeitar, também, o Governo das minorias.

Igualmente, Antonio Umberto de Souza Júnior⁵⁰ elenca diversos argumentos favoráveis à legitimidade democrática dos juízes entre eles a transparência da atuação dos tribunais, uma vez que os julgadores são obrigados a explicar, por escrito e publicamente as razões que firmaram suas decisões; outrossim, a vontade majoritária não necessariamente é democrática, pois “não se pode esquecer que a sobrevivência das minorias é condição de sobrevivência da própria democracia, que tem na possibilidade de alternância do poder o seu oxigênio”⁵¹; além disso, a representatividade democrática dos membros de outros poderes é questionável diante da facilidade que, após as eleições, os compromissos de campanha são descartados sem qualquer justificativa à sociedade. Soma-se a isso o fato de que, no sistema de eleições proporcionais, os votos dados a um determinado candidato derrotado interferem decisivamente para eleger outro do mesmo partido.

Souza Júnior prossegue afirmando que “Todo poder emana do povo; logo a jurisdição emana do povo”⁵². Isso “implica que os juízes sejam considerados agentes do povo nos quais este deposita a confiança de preservação dos princípios de justiça radicados na consciência jurídica geral e consagrados na lei constitucional superior”⁵³. Conclui o autor que a questão da legitimidade democrática tem diversos ângulos e as deformações do sistema não necessariamente convertem os tribunais em institutos democráticos de solução de conflitos. Porém, é frágil a premissa que contrasta a legitimidade democrática do judiciário frente aos demais poderes, pois é

⁵⁰ SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas: O dilema Brasileiro entre o Ativismo e a Autocontenção no Exame Judicial das Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 103-116.

⁵¹ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: *Tribunal constitucional. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: Colóquio n.10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995, p.192-193 *apud* SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas: O dilema Brasileiro entre o Ativismo e a Autocontenção no Exame Judicial das Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p.110.

⁵² SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas: O dilema Brasileiro entre o Ativismo e a Autocontenção no Exame Judicial das Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p.116.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 26-27 *apud* SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas: O dilema Brasileiro entre o Ativismo e a Autocontenção no Exame Judicial das Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p.116.

possível demonstrar por diversas formas a viabilidade da jurisdição ao lado da democracia.

Nesse sentido, vale mencionar o ideal preconizado por Francisco Gérson Marques de Lima na obra *O STF na Crise Institucional Brasileira*:

O judiciário como um todo, e especialmente o Supremo Tribunal, deve ser sensível ao clamor público, mas imparcialmente inabalável ao arrebatamento popular, ao sensacionalismo da imprensa e aos arroubos dos amotinados. A serenidade e a sensibilidade devem ser sua tônica. Não precisa do ímpeto suicida do heroísmo, mas o alento incansável de fazer respeitar os reais interesses da sociedade tão sofrida e pisoteada. Urge a vontade inabalável de fazer justiça, de conferir eficácia às normas de direitos e garantias fundamentais, no resgate da dignidade do cidadão.⁵⁴

⁵⁴ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 305.

2 EXPANSÃO JURISDICIONAL

Manoel Gonçalves Ferreira Filho pondera que a concepção de um Estado submetido ao direito articula-se em torno dos princípios da legalidade, da isonomia e da justicialidade⁵⁵. Para ele, a noção de justicialidade demanda a total separação entre quem diz e quem edita ou executa o Direito. Assim, a oposição de marcos a fim de determinar a tipicidade da função jurisdicional, prejudica a noção de Estado de Direito, pois impossibilita a plena garantia da dignidade humana.

Sob essa mesma perspectiva principiológica e moralizadora dos direitos, diversos tribunais constitucionais no mundo estenderam a jurisdição para além do mero texto legal. O Caso *Marbury versus Madison*, de 1803, é considerado o marco inicial do controle judicial sobre o legislador, pois resultou de embates políticos e ideológicos que conduziram os Estados Unidos, em especial a Corte Americana, a desenvolver uma filosofia desconfiada do legislador e da regra majoritária.⁵⁶

2.1 O Caso *Marbury versus Madison*

Na lição de Sergio Fernando Moro⁵⁷, um dos mais importantes institutos do direito constitucional, o controle de constitucionalidade (judicial review)⁵⁸, tem seu marco inicial com o julgamento do caso *Marbury v. Madison*⁵⁹, quando a aplicação concreta de uma lei foi afastada por ser considerada desconforme com a Constituição norte-americana, embora não havendo previsão constitucional quanto ao exercício do controle de constitucionalidade.

A controvérsia levada à corte americana originou-se durante período de transição e tensão no ambiente político do país. Em 1801, ao final do governo do

⁵⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de direito e Constituição. São Paulo: Saraiva, 1988, p.23.

⁵⁶ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011, p.13-16.

⁵⁷ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. p. 337- 357, 2001, p.337.

⁵⁸ O controle de constitucionalidade (judicial review) “trata-se do poder que o Judiciário tem de rever as ações dos outros corpos governamentais constatando (ou não) compatibilidade constitucional”. TOCQEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*, p.12. In: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito no Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004, p.64.

⁵⁹ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. p. 337- 357, 2001, p.337.

Presidente Federalista John Adams, ele apontara juízes vinculados a seu partido para as cortes federais, dentre eles, William Marbury, nomeado juiz de paz do distrito de Columbia, capital federal. Thomas Jefferson tomou posse como novo presidente e, por ser inimigo político de Adams, negou posse a Marbury, bem como deixou de concluir o processo de nomeação dos demais outros juízes indicados por Adams. Diante disso, Marbury requereu à Suprema Corte Americana o cumprimento da ordem legítima proferida por John Adams para, então ser empossado na magistratura.⁶⁰

James Madison, secretário de Estado foi então citado para apresentar defesa em nome do governo, porém não contestou a ação. Diante da situação, o Presidente da Suprema Corte Americana, John Marshall, que fora Secretário de Estado de John Adams, viu-se em situação bastante difícil, pois caso apenas ordenasse a posse a Marbury, não teria como implementá-la; a Corte seria desmoralizada. Se desse razão a Jefferson, sem que ele tivesse exercido defesa causaria à Corte o mesmo efeito temeroso.⁶¹

Na explanação de Lêda Boechat⁶², Marshall, invertendo a ordem do exame das questões preliminares, decidiu que Madison, de fato agira ilegalmente ao negar posse a Marbury, pois o sistema de indicação dos juízes se consagra com a assinatura presidencial, sendo mera formalidade a titulação conferida pelo Secretário de Estado. Entretanto, o artigo de lei utilizado por Marbury — artigo 13 do Ato Judiciário de 1789 — era inconstitucional, nulo.

Conforme avaliou o juiz Marshall, embora o artigo 13 do Ato Judiciário de 1789 atribuísse à Corte Suprema competência originária para o caso, entendeu que não poderia aplicar tal legislação ao caso, uma vez que as hipóteses de competência originária eram estritamente definidas na Constituição e não podiam ser estendidas pela referida. Assim, o presidente do tribunal não enfrentou a questão se a corte era ou não autorizada pela Carta Magna a declarar a inconstitucionalidade das leis, mas exerceu tal poder ao declarar que a lei em questão “não parecia

⁶⁰ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004, p. 64-66.

⁶¹ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004, p. 64-66.

⁶² RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 35-45.

permitida pela Constituição”⁶³, levantando, portanto, a revisão judicial. Eis os fundamentos de Marshall:

[...] Se uma lei do Congresso, contrária à Constituição, é nula, obriga, apesar de sua invalidade, os tribunais e devem estes dar-lhe efeito? Ou, em outras palavras, embora não seja lei constitui regra operante como se lei fôsse? Admiti-lo corresponderia a negar, de fato, o estabelecido pela teoria; e pareceria, ao primeiro golpe de vista, absurdo tão grosseiro que sobre o mesmo é desnecessário insistir. Deve, porém, receber consideração mais atenta. (...) É, sem dúvida, da alçada e dever do Poder Judiciário declarar a lei. Aquêles que a aplicam aos casos particulares devem, necessariamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, os tribunais devem decidir sobre seu âmbito de ação. Assim, se uma lei estiver em antagonismo com a Constituição, e se tanto uma como outra forem aplicáveis à espécie, de modo que o tribunal tenha de decidir o caso de acordo com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, êle, inevitavelmente, terá de escolher entre os dois preceitos opostos o que regerá o assunto. Isto é da essência do dever judicial. Se, portanto, os tribunais devem ter em vista a Constituição, e se esta é superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária há de reger o caso a que ambas dizem respeito.⁶⁴

Marshall, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 13 do Ato Judiciário de 1789, estabeleceu, portanto, precedente ao controle de constitucionalidade. Assim, esta clássica lide acabou por fortalecer o princípio da Supremacia da Constituição, segundo o qual uma lei contrária à constituição é nula; e que os juízes e tribunais, bem como outros departamentos do governo, devem fidelidade à Lei Maior, com o encargo de obedecê-la e protege-la, podendo, inclusive, anular leis e atos normativos que lhe forem contrários.⁶⁵

Diante disso, pondera Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy que essa perspectiva de buscar a conformidade perante as disposições constitucionais “*conduz-nos a outro tema, sutilmente implícito e decorrente no controle de constitucionalidade, a saber: os contornos da interpretação constitucional nos Estados Unidos da América do Norte.*”⁶⁶, uma vez que Marshall ganha a qualificação de juiz ativista ao impor ponderação pessoal na solução de casos a ele levados.

⁶³ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 36.

⁶⁴ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 36.

⁶⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.14-15.

⁶⁶ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito no Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004, p.66.

2.2 A Corte de Warren

A partir de uma concepção principiológica e moralizadora dos direitos, diversos tribunais constitucionais no mundo estenderam a jurisdição para além do mero texto legal. Essa expansão começou a ser constatada no início do século XX, nos Estados Unidos, a partir de uma série de decisões liberais da Suprema Corte⁶⁷, que substituíam a vontade do legislador ao argumento de garantir a ordem democrática e os valores fundamentais. Por essa nova doutrina, o juiz “não apenas se limita a verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, mas também sua razoabilidade face aos princípios da Constituição”⁶⁸.

Sergio Fernando Moro pondera que ao falar em expansão jurisdicional é imprescindível mencionar a Corte de Warren, pois esta foi responsável por uma revolução no direito constitucional não somente nos Estados Unidos, porém sua influência perpassa fronteiras e alcança, inclusive, o direito constitucional brasileiro e o Supremo Tribunal Federal.⁶⁹

A Corte de Warren, assim denominada em alusão ao seu presidente, Earl Warren, foi responsável por célebres e impactantes julgados que ampliaram o espectro das liberdades civis nos Estados Unidos. É possível, inclusive, afirmar que essas decisões *substituíam a vontade do legislador*⁷⁰ na medida em que poderiam invalidar um dispositivo legal caso considerado antagônico à constituição, bem como solucionar casos concretos por meio da aplicação fundamentada de princípios e não necessariamente vinculada à legislação ordinária.⁷¹

Essa postura jurídica, como aponta Lêda Boechat Rodrigues, na obra “A Corte de Warren”, evidenciava vontade de mudança social e a possibilidade desta, a despeito da inércia dos demais poderes quanto à necessidade de firmar novos caminhos em busca de efetivar os valores sociais da constituição:

⁶⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, a. 4, v.2, p.441-463, jul/dez. 2008, p.443.

⁶⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, a. 4, v.2, jul/dez. 2008, p.443.

⁶⁹ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. p. 337- 357, 2001, p.337.

⁷⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DireitoGV*, a. 4, v.2, jul/dez. 2008, p.443.

⁷¹ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. p. 337- 357, 2001.

Juízes imbuídos da idéia de justiça e convencidos de que a Suprema Corte deve também exercer na vida americana função educadora e moral não hesitaram, uma vez suscitada a sua jurisdição por ativos grupos de pressão e diante da inércia dos outros dois poderes constitucionais, em assumir posição de liderança e apontar caminhos a serem trilhados. Fizeram-no na tentativa de procurar ajudar a sociedade americana a tornar-se menos discriminadora, menos violenta, menos agressiva, menos sujeita à histeria anti-comunista, e mais igualitária, mais isenta de preconceitos raciais, mais tolerante.⁷²

Dentre os controvertidos casos solucionados pela Suprema Corte quando presidida por Earl Warren destacam-se: *Brown versus Board of Education*, de 1954 no qual foi considerada inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas do Sul dos Estados Unidos⁷³; *Griswold v. Connecticut*, de 1965, que reconheceu o direito de privacidade, embora não expresso na Constituição norte-americana⁷⁴; e *Miranda v. Arizona*, no qual foi garantida a vedação à auto-incriminação por meio da criação de regras para garantir o exercício desse direito⁷⁵.

2.2.1 Brown versus Board of Education

Conforme elucida Sergio Fernando Moro⁷⁶, o Caso Brown v. Board of Education, de 1954, revogou a até então dominante doutrina do *equal but separate*, ou seja, iguais, porém separados. Interessante que embora inserido o princípio da igualdade na Constituição, o regime de segregação nas escolas não era considerado inconstitucional havendo, inclusive, um precedente paradigma firmado no caso *Plessy v. Ferguson*, no qual a segregação foi reputada válida nos transportes ferroviários.

Ocorre que novamente a segregação era debatida na Corte Suprema, desta vez, porém, na presidência de Earl Warren, a decisão trouxe impactante mudança social ao determinar, o fim da proteção judicial para a separação racial nas escolas

⁷² RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953 -1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p.20.

⁷³ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 341.

⁷⁴ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 348.

⁷⁵ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 352.

⁷⁶ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 341-343.

públicas. Warren, além dos fundamentos jurídicos, serviu-se de estudos psicológicos para defender que a segregação era desigual e afetava o desenvolvimento educacional da criança apartada:

Separá-los [as crianças negras] de outros de idade e qualificações similares só em virtude da raça negra gera um sentimento de inferioridade de seu *status* na comunidade que deve afetar seus corações e mentes de um modo que provavelmente não possa ser desfeito. (...) Qualquer que fosse a extensão dos conhecimentos psicológicos na época de *Plessy*, essa observação é amplamente amparada pelas autoridades modernas.⁷⁷

Dessa forma, por unanimidade na Corte Suprema, determinou-se que as condições de “iguais, mas separados”, embora firmada anteriormente no caso *Plessy v. Ferguson*, não favorecia à igualdade. A discriminação racial nas escolas públicas era, portanto, inconstitucional.⁷⁸

Para ilustrar ainda mais a importância do caso *Brown v. Board of education*, para a jurisdição constitucional, vale transcrever a observação de Sergio Fernando Moro para o caso:

A decisão (...) ilustra a necessidade:

- a) de proteção de grupo social e politicamente vulnerável;
- b) de interpretação evolutiva da Constituição, colocando em dificuldade doutrinas como o ‘originalismo’, então com algum prestígio nos Estados Unidos e segundo a qual a interpretação da Constituição deve ser orientada pela intenção de seus autores;
- c) de considerar amplamente os fatos envolvidos na decisão constitucional, fazendo uso inclusive de dados fornecidos por ciências não jurídicas.⁷⁹

Dessa forma, teve início uma nova fase nas relações raciais norte-americanas. A segregação racial, dominante nos Estado Unidos, foi progressivamente eliminada. “Aliás, decisões da própria Corte culminaram por concluir pela inconstitucionalidade da segregação em estabelecimentos públicos ou

⁷⁷ LOCKHART, 1996, p.1.173. In: MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 342.

⁷⁸ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 343.

⁷⁹ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 343.

abertos ao público e de leis estaduais racistas como a que proibia o casamento inter-racial”⁸⁰.

2.2.2 *Griswold v. Connecticut*

Em 1973 o direito de privacidade não encontrava previsão expressa na Constituição dos Estados Unidos. No entanto, a solução do caso *Griswold v. Connecticut* teve por base o *right of privacy*⁸¹ para proteger a intimidade feminina ou mesmo matrimonial quanto ao uso de contraceptivos. A decisão da Corte Suprema norte-americana considerou inválida lei estadual que proibia a comercialização e utilização de anticoncepcionais e inovou, novamente, na jurisdição ao reconhecer o direito de privacidade.⁸²

Com efeito, a jurisdição da Suprema Corte no caso supramencionado, implica no tradicional postulado positivista de separação entre moral e direito, bem como provoca diversos questionamentos a respeito da legitimidade judicial para atuar no reconhecimento de direitos e, sobretudo na neutralidade e imparcialidade do órgão julgador.⁸³ Sobre isso, Sergio Fernando Moro posiciona-se no seguinte sentido:

O fato é que não é viável a interpretação da Constituição sem o recurso a elementos fora do texto (...). Com efeito, normas de elevada abstração, como a que garante a liberdade de expressão ou o princípio da igualdade, presentes tanto na Constituição norte-americana como na brasileira, não podem ser interpretadas sem o recurso à doutrina política subjacente ao texto constitucional. Para atribuição de sentido determinado a esses dispositivos é inevitável o recurso a alguma espécie de argumentação moral, como é reconhecido por boa parte da doutrina e jurisprudência norte-americana.⁸⁴

⁸⁰ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 343.

⁸¹ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 348.

⁸² MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 348-349.

⁸³ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 349-350.

⁸⁴ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 349.

2.2.3 *Miranda v. Arizona*

No caso *Miranda v. Arizona*, de 1966, a decisão da Corte teve por escopo proteger os acusados da auto-incriminação. Esse direito já era previsto na Constituição norte-americana, porém havia uma preocupação quanto a pressões coercitivas capazes de macular a vontade individual e a liberdade para falar⁸⁵.

Assim, para coibir a obtenção forçada física ou psicologicamente de informações e confissões em processos criminais, a Suprema Corte ocupou-se em definir regras, inclusive para interrogatórios policiais, a fim de tornar possível auferir a voluntariedade ou não das declarações do acusado.⁸⁶

Impende notar, que no caso *Miranda v. Arizona* a interpretação realizada pela Corte foi de tal desenvoltura que “ela elaborou uma série de regras para garantir o exercício do direito de vedação à auto incriminação, assumindo função praticamente legislativa”⁸⁷ ao tornar obrigatória a prévia informação quanto ao direito de ficar calado aos acusados, bem como conferiu o direito à presença de um advogado custeado pelo Estado para aqueles sem condições financeiras para tal.⁸⁸

No entanto, a postura jurídica da Corte de Warren em *Miranda* foi alvo de muitas críticas e foi uma das menos populares decisões, por coincidir com um período de escalada de crimes nos Estados Unidos.⁸⁹

Assim, diante da breve análise quanto à atuação judicial da Suprema Corte norte-americana, na presidência de Earl Warren, Sergio Fernando Moro avalia que “a Corte de Warren prova [...] que algum ativismo judicial pode mostrar-se benéfico, contribuindo não para o enfraquecimento da jurisdição constitucional, mas para o seu próprio fortalecimento.”⁹⁰. A postura ativista da Corte demonstra ousadia frente ao conservadorismo tradicional na solução das demandas que, à luz da respectiva

⁸⁵ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 351-353.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 351-352.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 352.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 352.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 353.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 354.

Carta Magna, ultrapassaram as estritas limitações legais, inclusive criando novos direitos e, assim, influenciaram a doutrina e jurisprudência mundial.⁹¹

Quando instituída, a constituição norte-americana era exemplo para diversos Estados pelo seu modelo de democracia, considerado o mais avançado até então. Esses países foram atraídos pela marcha ascensional dos Estados Unidos ao adotarem o federalismo e o presidencialismo, bem como permitirem aos juízes a declaração de inconstitucionalidade dos diplomas e dos atos executivos.⁹² Após, verifica-se que influência dos Estados Unidos também adentrou o âmbito interpretativo das constituições pelo mundo, alcançando, inclusive, o Brasil:

No topo do sistema de poder, ao lado do Presidente e do Congresso, a Suprema Corte, apontada como a mais original das instituições americanas, garantidora, através do gênio dos seus juízes, da adaptação da Constituição setecentista às novas realidades em perpétua mudança, servia também de paradigma à Corte Suprema argentina e ao Supremo Tribunal Federal.⁹³

⁹¹ MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. 2001, p. 353-354.

⁹² RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953 -1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p.12.

⁹³ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte de Warren (1953 -1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A., 1991, p.12.

3 ATIVISMO JUDICIAL

O termo “ativismo judicial” não teve origem em rebuscado discurso jurídico. Na lição de Luís Roberto Barroso⁹⁴, a expressão foi mencionada primeiramente na revista americana *Fortune*, não específica para juristas, mas voltada ao público em geral. O jornalista Arthur Schlesinger Jr., no artigo “The Supreme Court: 1947”, fez uma análise do perfil dos nove juízes da Suprema corte norte-americana e distinguiu duas posturas jurídicas:

Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação de Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior.⁹⁵

Sob essa concepção ideológica divisória, alguns foram denominados ativistas judiciais, em razão da maior abrangência de atuação e tendência liberal; já outros, foram considerados em posição de autocontenção, pelo exercício de critérios rígidos e conservadores de suas funções e a restrita possibilidade de interferência nas ações dos demais Poderes.⁹⁶

A partir dessa publicação, o termo passou a ser utilizado de forma depreciativa nos Estados Unidos, por alguns considerarem a postura “ativista” como uma forma inapropriada de exercício da jurisdição.⁹⁷ “Esse tom de denúncia associado à expressão ‘ativismo judicial’ tem se dirigido tradicionalmente, às cortes de viés político liberal, principalmente à paradigmática Corte Warren”⁹⁸, cuja

⁹⁴ KEENAN D. Kmiec, The origin and current meanings of ‘judicial activism. *California Law Review* 92:1441, 2004, p.1446 *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, fev/maio, 2010, p.8.

⁹⁵ KEENAN D. Kmiec, The origin and current meanings of ‘judicial activism. *California Law Review* 92:1441, 2004, p.1446 *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, fev/maio, 2010, p.8.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p.7. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, nº 96, fev/maio, 2010, p.10.

⁹⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.21-22.

jurisprudência progressista acarretou uma verdadeira e profunda revolução constitucional nos direitos fundamentais norte-americanos. Elival Ramos pondera que:

Não há [...] necessariamente um sentido negativo na expressão 'ativismo', com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao 'passivismo', que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.⁹⁹

Para Barroso, “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”¹⁰⁰. Assim, afirma que, na realidade, não necessariamente há que se falar em confronto de atribuições, porém mero preenchimento de espaços vazios.¹⁰¹

Ocorre que esse fenômeno de exploração jurisdicional das possibilidades jurídicas para além das formalidades legislativas, é questionado diante das profundas mudanças e influências no exercício da jurisdição e na função dos demais poderes. Assim, o denominado “ativismo judicial”, seja ele considerado positivo ou prejudicial à sociedade e à integridade das funções ou poderes do Estado, é fenômeno que transcende as fronteiras norte-americanas para alcançar vários países que adotaram o constitucionalismo no modelo ocidental, e merece, portanto, considerável atenção ante as implicações no mundo jurídico.

3.1 Considerações Preliminares

Na lição de Vanice Regina Lírio do Valle¹⁰², considerando que o ativismo judicial é verificado conforme o modo de exercício da jurisdição e os parâmetros utilizados na interpretação da constituição, sua constatação será percebida de maneira singular, a depender do papel institucional conferido ao Poder Judiciário em cada sistema. Assim, há quem vislumbre uma atuação ativa dos juízes quando estes

⁹⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.110

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, fev/maio, 2010, p.10.

¹⁰¹ Ibid., p.10.

¹⁰² VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.20.

se afastam dos precedentes jurídicos em determinados casos, conferindo novo entendimento. Nesse ponto, entretanto, é tarefa complexa constatar o comportamento ativista nos ordenamentos firmados no *common law*, pois a disposição do próprio sistema gera tal nebulosidade. Nas ex-colônias do Império Britânico, como os Estados Unidos, as leis são de fato incorporadas ao direito conforme o alcance determinado pelas decisões judiciais. Nesse sentido, Cappelletti pondera que em países de origem anglo-saxônica, “(...) o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito.”¹⁰³

No *common law*, o Poder Judiciário exerce função bastante ativa no processo de criação e aplicação do direito, uma vez que este advém de casos julgados, os quais vinculam os juízes e tribunais aos precedentes quando diante de idênticos fatos — verticalização dos precedentes. Além disso, essa doutrina, denominada *stare decisis*, também impõe que o órgão judicante não deve ignorar ou contrariar suas decisões anteriores — horizontalização dos precedentes. Há, contudo, exceção à essas regras em caso de *overruling*: desconstituição fundamentada do precedente, caso em que este perderá o caráter vinculante reconhecido até então para ceder lugar ao novo entendimento. Assim, nesse sistema, o ativismo judicial seria configurado na desobediência às decisões de força vinculante, sejam verticais ou horizontais.¹⁰⁴

À vista disso, Vanice Regina Lírio do Valle¹⁰⁵ pondera que classificar como ativista a corte inferior, pelo descompasso ou desrespeito quanto aos precedentes emanados da corte superior, demanda determinada cautela. Mais difícil ainda, é atribuir tal termo à corte que supera seus próprios precedentes por meio do referido *overruling*, pois esta medida constitui técnica própria do sistema. Assim, “A superação de uma linha equivocada de interpretação ou o ajuste em face de novas circunstâncias históricas, ainda que determinem o *overruling*, não são vistas pela doutrina como sinais de ativismo.”¹⁰⁶

Em outra concepção, um tribunal é considerado ativista quando há da atuação dos denominados *juízes legisladores*. Nesse caso, uma corte ativista seria

¹⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.123.

¹⁰⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.22.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p.22

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.22.

aquela que ultrapassa os limites do texto normativo, imprimindo sua própria convicção quanto aos meios e fins adequados a determinados casos. Essa percepção, também encontra dificuldades diante do conceito de “direito”, pois permite questionar em que momento um tribunal ou juiz estaria, de fato, criando direito sem autorização ou legitimidade para fazê-lo? ¹⁰⁷

Na definição de Alstynne o ativismo é visualizado como “um conjunto de decisões jurisprudenciais que entendam que o Judiciário tem legitimidade para decidir certas questões políticas cruciais ao invés de adjudica-las às instâncias tradicionais parlamentares ou executivas [...]”. ¹⁰⁸ Assim, quando extrapoladas judicialmente as linhas demarcatórias das demais funções estatais, em detrimento, principalmente, da função legislativa, considera-se configurado o ativismo judicial. Sob tal perspectiva, portanto, o fenômeno ocorre com “(...) a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”. ¹⁰⁹ Essa noção remete ao equilíbrio entre a separação dos Poderes o que implica, entre outros aspectos, na observância pelos órgãos do Poder Judiciário dos limites de atuação, a fim de manter a estabilidade e harmonia com as funções legislativa e executiva.

Antonio Umberto de Souza Junior¹¹⁰ pondera que as decisões judiciais são inevitavelmente criativas e inovadoras e, nesse sentido “*juízes e legisladores são intérpretes e criadores do direito*” ¹¹¹. Assim, na função indeclinável de decidir, além de gerar a denominada norma decisória, os juízes não ficam adstritos à mera reprodução do que está nos textos legais, assumindo, portanto, papel interpretativo de desdobrar a lei, adaptá-la e enriquecê-la para analisar adequadamente e decidir

¹⁰⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.23.

¹⁰⁸ ALSTYNE, William Van. Judicial activism and judicial restraint. In: LEVY, Leonard W; KARST, Kenneth L; MAHONEY, Dennis (Org.). *Judicial power and the Constitution*. New York: Macmillan Publishing Company, 1990. p. 58-72. *Apud* BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 8, n.1, p. 1- 43, jan/jun. 2011, p. 24.

¹⁰⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.117.

¹¹⁰ SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas: O dilema Brasileiro entre o Ativismo e a Autocontenção no Exame Judicial das Questões Políticas. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 112-113.

¹¹¹ SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas: O dilema Brasileiro entre o Ativismo e a Autocontenção no Exame Judicial das Questões Políticas. Porto Alegre: Síntese, 2004.

o caso concreto conforme os princípios constitucionais e ideais de justiça. Nesse sentido, o autor cita Hans Kelsen:

A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através da interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.¹¹²

Nesse ponto, a diferença entre a atuação legislativa e atividade jurisdicional é considerada por Kelsen¹¹³ e também por Cappelletti¹¹⁴ como apenas quantitativa e não qualitativa. No que se refere às liberdades materiais, em face à Constituição, o legislador tem maior grau de liberdade criadora, enquanto o julgador tem menos liberdades face às normas que deva aplicar.

Além desses aspectos, firmar um conceito para a locução “ativismo judicial”, encontra dificuldades na medida em que há divergências, também, quanto aos parâmetros aceitos na interpretação jurídica. A correta metodologia de interpretação constitucional é tema bastante controverso e, por isso, não há unidade capaz de firmar a configuração absoluta do ativismo judicial. A título de ilustração, vale mencionar o contraste do entendimento dos juízes da Suprema Corte Americana, Antonin Scalia e Stephen Breyer quanto à adequada hermenêutica diante da constituição:

Para o justice Breyer, a Constituição do EUA é um ente vivo: portanto, os juízes devem ir além da estrita interpretação literal das leis, sobretudo quando as palavras são ambíguas ou incorporam um valor somente aplicado às circunstâncias atuais. Antonin Scalia, por sua vez, defende o ‘originalismo’, ou seja, a leitura precisa das palavras da Constituição, considerando os significados na época em que foram escritas.¹¹⁵

¹¹² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.393 apud SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas: O dilema Brasileiro entre o Ativismo e a Autocontenção no Exame Judicial das Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p.113.

¹¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.393 apud SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas: O dilema Brasileiro entre o Ativismo e a Autocontenção no Exame Judicial das Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p.113.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p.26-27.

¹¹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.23.

Diante disso é possível afirmar que estabelecer parâmetros a fim de identificar a ocorrência de ativismo judicial pela transgressão aos precedentes, ou, ainda, pela atuação criadora de direitos pelos magistrados e eventuais sobreposições à função do Poder Legislativo, torna-se tarefa demasiadamente árdua no plano da doutrina jurídica permitindo teóricos em variadas correntes, favoráveis ou contrárias, conforme a perspectiva acadêmica.

Posto isso, o ativismo judicial pode ser considerado um fenômeno positivo ou negativo a depender entendimento teórico e perspectiva quanto à extensão interpretativa das decisões. Elival Ramos pondera que:

Para os adeptos do literalismo e do originalismo, toda a prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de direito, à objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico, etc. Em sentido oposto, os defensores da *construction* (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela Hermenêutica contemporânea.¹¹⁶

Nesse sentido, é improvável obter uma definição única de “ativismo judicial” que compreenda todas as suas possibilidades, pois ao conceituar o termo o que geralmente se faz é estabelecer certa perspectiva.¹¹⁷ Assim, “a crítica ao ativismo judicial deverá ser sempre casuística ou contextualizada.”¹¹⁸ Daí porque muitos elogiam o ativismo progressista da Corte Warren, em razão da revolução nos direitos fundamentais.¹¹⁹

A discussão conceitual e de necessidades demarcatórias quanto à configuração de ativismo impõe tamanha relevância no cenário atual a ponto de Ingeborg Maus propor o pertinente questionamento: “(...) não será a justiça em sua

¹¹⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.133.

¹¹⁷ TAVARES, Rodrigo de Souza et al. Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008, Brasília, Anais... Brasília, 2008. *apud* BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 8, n.1, p. 1- 43, jan/jun. 2011, p. 24.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 23.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 23.

atual conformação, além da substituta do imperador o próprio monarca substituído?”¹²⁰

3.2 Judicialização da Política

Conforme Luís Roberto Barroso é importante fazer a devida distinção entre judicialização e ativismo judicial porque ambos, embora tenham algumas semelhanças, não se confundem. A judicialização implica a transferência de questões de grande repercussão social, política, ou moral aos órgãos do Poder Judiciário, ao invés de serem desenvolvidas pelas instâncias tradicionais —Poderes Legislativo e Executivo. Já o ativismo é uma atitude, é o ato de interpretar a Constituição de modo peculiar e proativo, expandindo o sentido da Constituição para além do texto formal, no intuito de concretizar valores e fins constitucionais.¹²¹

O autor expõe que há diversas causas para o fenômeno da judicialização. A primeira foi fortalecimento e independência do Judiciário nas democracias modernas, reconhecida essa ascensão institucional na Europa e em países da América Latina, inclusive o Brasil. A segunda causa advém de certa desilusão com o poder político representativo, pois embora instituído por vontade majoritária, demonstra crise de representatividade e de funcionalidade em geral. Por fim, a terceira causa consiste na preferência dos próprios atores políticos na apreciação e decisão de questões polêmicas por parte do Judiciário, pois, dessa forma, evitam o desgaste deliberativo em temas controversos na sociedade.¹²²

No contexto brasileiro, Barroso¹²³ coloca três causas da judicialização, sendo a primeira delas a redemocratização do país, que teve seu ápice com a promulgação da constituição de 1988. Nesse contexto, o Judiciário passou de mero departamento técnico-especializado para tornar-se poder político, guardião dos ideais constitucionais, fazendo valer a Constituição e as leis, ainda que em confronto com

¹²⁰MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*, O papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: Novos Estudos CEBRAP. São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202, p. 187.

¹²¹BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p.6. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html>> Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

¹²²BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, fev/maio. 2010, p.7.

¹²³BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p.3. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html>> Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

os outros Poderes. O ambiente democrático reascendeu a cidadania, aumentou o trânsito de informações e consciência de direitos por parte da sociedade, a qual passou a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. “Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira”.¹²⁴

A segunda causa foi a abrangência constitucional da Carta de 1988, pois inúmeras matérias que antes eram do processo político majoritário e da legislação ordinária passaram a ser tratadas pela Constituição. Essa postura jurídica analítica e “desconfiada do legislador”¹²⁵ revela um Direito Contemporâneo cada vez mais complexo e extenso quanto à estrutura normativa de suas Constituições. Diversamente das tradicionais Constituições-garantia, como a do Império de 1824, a qual estabelecia em seu artigo 178, ser matéria constitucional apenas “(...) o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos”; na atual constituinte, há novos desafios para a interpretação constitucional, pois questões envolvendo direitos individuais, valores e fins públicos, ao serem disciplinados em norma constitucional, possuem potencialidade para se transformarem em uma pretensão jurídica, que pode ser objeto de ação judicial.¹²⁶

A última causa da judicialização no Brasil é o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*: o híbrido ou eclético composto da junção de aspectos dos sistemas americano e europeu. Por meio do controle incidental e difuso — influência do sistema americano —, a lei poderá, no caso concreto, deixar de ser aplicada por qualquer juiz ou tribunal que a considere inconstitucional. Do modelo europeu, adotou-se o controle por ação direta, segundo o qual determinadas matérias podem ser levadas ao Supremo Tribunal Federal em tese e imediatamente, por um amplo rol de legitimados a ajuizar ações diretas, disposto no art. 103. Assim, essa

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p.3. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html>> Acesso em: 19 de janeiro de 2014 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008.

¹²⁵ Ibid., p.4.

¹²⁶ Ibid., p.4.

sistemática autoriza que quase toda questão política ou moralmente relevante seja levada ao Supremo.¹²⁷

Para José Eisenberg, a judicialização da política é composta por dois processos:

(1) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais — isto é, uma politização do Judiciário; (2) a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros Poderes. Em nosso juízo, este segundo movimento é mais bem descrito como uma ‘tribunalização’ da política, em oposição à judicialização representada pelo primeiro movimento.¹²⁸

Em artigo publicado em 2009, por Luiz Moreira e José Genoino, Deputado Federal à época, foi colocada ferrenha crítica à judicialização:

A democracia, a política e o Parlamento foram progressivamente mitigados e em seu lugar houve a construção de uma teoria que, a pretexto de efetivar os direitos constitucionais, os substituiu pela supremacia judicial, operada pela complementaridade entre controle de constitucionalidade e mutação constitucional, ocasionando um déficit de legitimidade. [...] Desse modo caminha-se para um governo dos juízes, no qual a sentença substitui o voto e a soberania popular é substituída pela técnica.¹²⁹

Em sentido contrário, o constitucionalista Luiz Roberto Barroso pondera que nos últimos anos, diversos temas foram alçados no Supremo Tribunal Federal, como políticas governamentais; relações entre poderes, com a delimitação de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito; atribuições do Ministério Público na investigação criminal; entre outras matérias e foram decididas nos limites dos pedidos formulados. A Suprema Corte, uma vez provocada “(...) não tinha alternativa

¹²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p.4. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html>> Acesso em: 19 de janeiro de 2014 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica da OAB*, 2008.

¹²⁸ EISENBERG, José. *Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; IUPERJ/FAPERJ. 2002, p. 47.

¹²⁹ GENOINO, José; MOREIRA, Luiz. Judicialização da política. *Teoria e Debate*. a. 23, v. 22, n.84, p. 8-10, set/out. 2009, p.8.

de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento.”¹³⁰ Diante disso, conclui:

Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.¹³¹

Alec Stone Sweet, citado na obra de Vanice Regina do Vale¹³², aponta uma perspectiva estratégica da judicialização da política ao afirmar que os tribunais possuem um interesse institucional em “resolver conflitos legislativos sobre constitucionalidade, mantendo e reforçando, ao mesmo tempo, a legitimidade política da revisão constitucional para o futuro.”¹³³ Assim, pode-se afirmar que a crescente expansão da atuação dos Tribunais nas democracias contemporâneas, satisfaz os interesses destes em reforçar a influência política na sociedade.

Ao mesmo tempo, o Legislativo e o Executivo utilizam-se dessa estratégia de transferência de poderes, para escusarem-se do debate de temas polêmicos e controvertidos, que dificilmente seriam decididos sem implicações eleitorais, seja pelo dissenso, ou, ainda, pela insuficiência de debate. Nesse ponto, Vanice do Valle ressalta que “a judicialização de questões sociais polêmicas pode reduzir os custos (eleitorais ou de apoio político) de uma decisão controvertida ou, ainda, obstaculizar a abertura de um debate sobre políticas públicas ou reformas políticas à participação da sociedade (...)”.¹³⁴

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p.5. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p.5-6. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

¹³² VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

¹³³ Ibid., p.35.

¹³⁴ Ibid., p.35.

De modo diverso, Marcus Faro de Castro¹³⁵ argumenta que a judicialização da política deve ser considerada como um desdobramento das democracias contemporâneas, pois contribui para o advento de um padrão interativo entre os Poderes, uma vez que a democracia é condição à expansão judicial. Nesse sentido, conclui que:

A judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um 'direito' e um 'interesse político' (Castro, 1994), sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma 'política de direitos' (Tate, 1995).¹³⁶

Destarte, pode-se dizer que a judicialização decorre do contexto no qual se insere o sistema institucional vigente e não de uma escolha política do Judiciário. Os juízes e tribunais, uma vez provocados pela via adequada, e preenchidos o requisitos legais e processuais para tal, não têm a livre disposição para se pronunciarem ou não. No entanto, o modo como venham a exercer essa atribuição é que poderá determinar ou não a existência de ativismo judicial.¹³⁷

3.3 Ativismo Judicial

Conforme Luís Roberto Barroso, a noção de ativismo judicial está atrelada à participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na realização concreta dos valores e fins constitucionais interferindo, inclusive, na órbita de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo¹³⁸. Para o autor, a postura ativista é verificada em diferentes condutas, entre elas:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de

¹³⁵ CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n.34, p. 147-156, 1997.

¹³⁶ Ibid., p.148.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p.6. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹³⁹

No contexto brasileiro, alguns teóricos afirmam que a Suprema corte brasileira “(...) mediante uma postura ativista, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes.”¹⁴⁰

Como coloca Oscar Vilhena Vieira, a postura ativista do Supremo Tribunal Federal pode ter diversas causas. Uma delas é o texto da Constituição de 1988 que aumenta e concentra poderes na esfera jurisdicional do STF. Ao mesmo tempo, há uma corrente que considera a expansão do Poder Judiciário uma consequência da retração do sistema representativo ante o não cumprimento das promessas inerentes aos ideais democráticos. Nesse ponto, o autor defende que uma vez realizada a opção institucional de ampliação da abrangência de temas tratados nas Constituições, bem como o reforço do papel do judiciário como guardião dos compromissos constitucionais, isto contribuirá para o definhamento do sistema representativo e, por consequência, há mudança no equilíbrio entre os Poderes.¹⁴¹

Todavia, há de ser considerado, como registrado anteriormente, que, por vezes, o próprio legislativo prefere deixar a cargo do Judiciário o arbitramento de questões polêmicas, permeadas de desacordo social e moral. Assim, evita-se o desgaste na deliberação de temas controvertidos, como fidelidade partidária, autorização de experimentos científicos com células tronco-embrionárias, a exigência do uso de algemas, a prática de nepotismo nas funções do Estado, a possibilidade de descriminalizar o aborto de fetos anencefálicos. Para Bárbara Veloso Dias, essa postura retrativa do Legislativo decorre do próprio arranjo da Constituição de 1988:

No Brasil, tal ‘fuga’ cada vez mais acelerada dos temas políticos (de política pública, de ação governamental executiva, de política representativo-partidária) para dentro do mundo do direito e deste para dentro dos órgãos

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p.6. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

¹⁴⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.40.

¹⁴¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, a. 4, v.2, p. 441-463, jul/dez. 2008, p. 441-444.

judiciários não parece ter sido um resultado imprevisto do arranjo constitucional (1988). Ao revés, parece ter sido um resultado previsível e talvez desejado por esse mesmo arranjo, na medida em que, para além de traduzir o compromisso de democracia social para dentro do léxico do direito, o texto constitucional promulgado em 1988 também cuidou de criar novos mecanismo de tutela judicial capazes de viabilizar a ‘implementação de direitos’ e ‘princípios’ de transformação social incorporados à nova carta.¹⁴²

Diante disso, Oscar Vilhena diz que “foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político.”¹⁴³ Essa nova posição institucional, portanto, ampliou as possibilidades para a jurisdição constitucional ante a grande tarefa de guardar a extensa Constituição. Para o autor, isso tem levado a Suprema Corte Brasileira a exercer uma espécie de poder moderador, além de ser a responsável por emitir em último grau a decisão em diversas questões de natureza substantiva, ora validando determinados atos dos órgãos representativos, outras vezes substituindo escolhas majoritárias.¹⁴⁴

Nesse contexto, a clássica obra de Aliomar Baleeiro, “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido”, publicada em 1968, não mais encontra respaldo frente à atuação da Suprema Corte. O STF avança em direção a um Tribunal cada vez mais em destaque político pela discussão de temas de grande repercussão social, ainda mais transmitidas em sessões públicas na TV Justiça e na *internet*.¹⁴⁵ “Raros são os dias em que as decisões do Tribunal não se tornam manchete dos principais jornais brasileiros, seja no caderno de política, economia, legislação, polícia [...] e eventualmente nas páginas de ciências, educação e cultura”.¹⁴⁶

No atual cenário, verifica-se que o debate público tem sido mais conclamado no Judiciário do que no Legislativo. A acessibilidade dos espaços judiciais tem facilitado e substituído a representação política tradicional, diante dos fracassos das providências demandadas pela sociedade aos seus governantes. Assim, “o julgador torna-se, ele próprio porta-voz de uma ideologia refratária dos desmandos do

¹⁴² DIAS, Bárbara Lou da C., V., Behemoth ou Leviatã: quem deve ter o poder para tomar decisões?. In: DIAS, Bárbara Lou da C., V.,(Org). Direito e Democracia: Estudos sobre o Ativismo Judicial. São Paulo: Método, 2011, p. 19.

¹⁴³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, a. 4, v.2, jul/dez. 2008, p.445.

¹⁴⁴ Ibid., p.445.

¹⁴⁵ Ibid, p.441-445.

¹⁴⁶ Ibid, p.442.

poder”¹⁴⁷. Essa expansão da autoridade da corte Constitucional e dos tribunais em geral, não é fenômeno restrito à conjuntura brasileira. Verifica-se a existência de vasta literatura que objetiva compreender o fenômeno do avanço do direito e ampliação da esfera de autoridade judicial em detrimento das instâncias políticas tradicionais.¹⁴⁸

O Ministro Gilmar Mendes, no voto da ADI 1.351/DF, deixa registrado interesse em assentar o Supremo Tribunal Federal como um tribunal de capacidade criativa na solução de questões:

[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.¹⁴⁹

Diante disso, há de se reconhecer que o entendimento da lei como produto da vontade da maioria está aquém da realidade do Estado moderno. “Em geral a lei não é senão a vontade do partido ou coligação majoritária; o governo dita à maioria parlamentar o programa legislativo e o conteúdo das leis.”¹⁵⁰

Em verdade, a fragilidade de concretização dos direitos sociais, por numerosos fatores acentuou a demanda, cada vez mais sensível, pelo efetivo reconhecimento jurídico de interesses e valores da sociedade contemporânea.¹⁵¹ Nesse ponto, Ingeborg Maus defende que o apogeu do Judiciário emerge quando a sociedade transfere todo o ônus moral-convivencial dos mais amplos e significativos dilemas ao tribunal constitucional, que passa a ser o “superego” dessa sociedade

¹⁴⁷ GUERRA, Rabay Gustavo. O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 14, n. 14.2, p. 1-19, jul/dez 2008, p. 3. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/136>>. Acesso em 22 jan 2014.

¹⁴⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, a. 4, v.2, jul/dez. 2008, p.442.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.351/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 de junho de 2013.

¹⁵⁰ MOREIRA, Vital. *Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional*. In: SOUSA E BRITO, José de et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993*. Coimbra Editora, 1995, p. 182.

¹⁵¹ GUERRA, Rabay Gustavo. O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 14, n. 14.2, p. 1-19, jul/dez 2008, p. 8. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/136>>. Acesso em 22 jan 2014.

“infantilizada”, pois se “a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.”¹⁵²

3.4 Objeções ao Ativismo Judicial

Conforme Barroso¹⁵³, diversas objeções têm sido levantadas à expansão do Poder Judiciário, sobretudo, pela postura ativista dos órgãos jurídicos. O constitucionalista destaca três grandes críticas ao ativismo judicial: 1) a conduta oferece riscos para a legitimidade democrática; 2) promove a indevida politização da justiça; e 3) ameaça os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.

No que se refere aos riscos à legitimidade democrática, o ativismo judicial é questionado pelo fato de que os magistrados não são eleitos pela vontade popular majoritária, porém desempenham papel político, podendo, inclusive, invalidar atos daqueles representantes eleitos do povo. Por isso, essa postura pode vulnerar a separação dos poderes, não merecendo, portanto, lugar na democracia representativa. O que a princípio pode representar uma solução à omissão dos outros poderes, poderá se tornar contrário aos interesses democráticos.¹⁵⁴ Nesse sentido, algumas críticas afirmam que:

a) há o enfraquecimento dos poderes construídos; b) ocorre falta de participação política e inversão democrática, uma vez que o povo não elegeu os magistrados que estão a decidir questões de tal importância; c) existe a alienação popular; d) cria-se o ‘clientelismo’, uma vez que ainda poucos têm acesso ao Judiciário; e) oportuniza a ausência de critérios objetivos, uma vez que tudo pode ser feito desde que norteado pelos ideais de Justiça; f) há a exposição demasiada do Poder Judiciário; g) existe a possibilidade de acomodação dos outros Poderes, entre outros.¹⁵⁵

¹⁵² MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*, O papel da Atividade Jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: Novos Estudos CEBRAP. São Paulo, n.58, nov. 2000, p. 183-202, p. 186-187.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p. 10-11. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

¹⁵⁵ MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de Direito e Ativismo Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 170.

Sobre essa questão, Barroso destaca que a constituição tem dois grandes papéis a desempenhar. O primeiro deles é estabelecer as regras do arranjo democrático, assegurando os meios para tal. O segundo, proteger os valores e os direitos fundamentais, ainda que contra a vontade majoritária, pois há de se garantir direitos também às minorias, uma vez que a democracia não se confunde ou se resume em princípio majoritário.¹⁵⁶

Ademais, impende salientar a possibilidade de a deliberação dos parlamentares e dos membros do Executivo também oferecer riscos à democracia, pois os representantes eleitos pelo povo podem violar a vontade do poder constituinte e atuar contra os anseios populares. Assim, o que é repudiável no ativismo judicial é o mesmo inaceitável para os outros poderes, ou seja, a atuação mediante as próprias escolhas, à revelia das normas e valores constitucionais, e, alheia à sociedade.¹⁵⁷

Para Schmitt,¹⁵⁸ os riscos da politização da justiça remetem aos riscos de uma aristocracia de toga e à perda da independência e parcialidade da justiça.¹⁵⁹ Assim, há quem considere que a corte não estaria fora da política nem seria o juiz o órgão neutro que por vezes se supõe. Principalmente, quando na interpretação constitucional, as posições não vislumbram consenso e a opinião judicial não soluciona a questão. Apenas é imposta uma interpretação possível ao custo da democracia, sendo essa opinião imbuída de uma linguagem técnica, que esconde a verdadeira manifestação de vontade e afirmações ideológicas.¹⁶⁰

Nesse sentido, Barroso coloca que “a primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p. 11-12. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

¹⁵⁷ BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 8, n.1, p. 1- 43, jan/jun. 2011, p.25.

¹⁵⁸ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 83 *apud* BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 8, n.1, p. 1- 43, jan/jun. 2011, p.25.

¹⁵⁹ BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 8, n.1, p. 1- 43, jan/jun. 2011, p.25.

¹⁶⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 96.

linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica.”¹⁶¹ O maior acesso ao Judiciário por meio das audiências públicas, *amicus curiae*, e o amplo leque de legitimados da sociedade para propositura de ações diretas apenas minimizam esse problema, não o eliminam.¹⁶² O autor menciona o risco das forças sociais serem levadas por uma certa apatia à espera da atuação de juízes providenciais. Outrossim, ressalva que “(...) a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão.”¹⁶³

Diante das objeções à politização da justiça, Logan Caldas¹⁶⁴ pondera que considerar impossível retirar da jurisdição a política não determina que as decisões devam ser políticas. Significa, entretanto, dizer que a decisão judicial não poderá ser discricionária, que o juiz, antes de tudo, é humano, com sua subjetividade e não pode atuar alheio à realidade política e aos efeitos de sua decisão. No entanto, entender “Política” como parcialidade e arbitrariedade, certamente não permite considerar como política a decisão judicial, pois esta perderia sua legitimidade.

Isso posto, verifica-se uma crescente confusão quanto ao modo como decidem os membros da Corte Suprema brasileira, pois divulgadas as sessões de julgamento por meio da mídia e destacadas pela opinião pública em geral, alguns teóricos registram que os magistrados do Supremo ora decidem conforme suas convicções pessoais, ora o atuam por motivações político-partidárias, ou, ainda, conforme pressões exercidas por grupos setoriais ou pela própria conjuntura econômica.¹⁶⁵

No que toca aos limites da capacidade institucional do Poder Judiciário, a discussão demanda estabelecer qual Poder é mais adequado a proferir decisão em

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, fev/mai, 2010, p.14.

¹⁶² *Ibid.*, p.14.

¹⁶³ *Ibid.*, p.14.

¹⁶⁴ BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 8, n.1, p. 1- 43, jan/jun. 2011, p.26.

¹⁶⁵ GUERRA, Rabay Gustavo. O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*. v. 14, n. 14.2, p. 1-19, jul/dez 2008, p. 3. Disponível em: < <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdafd/article/view/136>>. Acesso em 22 jan 2014, p.10.

determinada matéria.¹⁶⁶ O juiz, por vocação e preparo, normalmente estará apto a realizar a justiça para o caso concreto, isto é, a microjustiça.¹⁶⁷ Nesse aspecto, Barroso destaca o “risco de efeitos sistêmicos, imprevisíveis e indesejados”¹⁶⁸ na atuação ativista, porquanto o juiz

[...] nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastrosas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.¹⁶⁹

A dificuldade em estabelecer parâmetros ou limitações a serem firmados quando na atuação proativa do Poder Judiciário frequentemente tratada pelos Ministros da Suprema Corte brasileira. O Ministro Celso de Mello, procurou na Arguição de Preceito Fundamental n. 45 estabelecer situações em que caberia a intervenção do Judiciário nas políticas públicas:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário — e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p. 16. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

¹⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*. v. 1, n. 3, jul./ set. 2006, p. 34. *apud* BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p. 16. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p. 16. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009, p. 16-17. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html> > Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

programático. [...] parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.¹⁷⁰

É complexa, portanto, a tarefa delinear limites à atuação judicial, uma vez que os juízes da Corte Suprema, na missão de guardar a Constituição e proteger os direitos fundamentais deparam-se com termos amplos, vagos e imprecisos que exigem do intérprete uma atitude muito mais incisiva e proativa do que a tarefa de legislador negativo. Além disso, são instigados a solucionar questões que ensejam debates controvertidos política e moralmente e, assim, não possuem uma resposta consensual.¹⁷¹ “Os principais casos constitucionais contemporâneos decididos pelas Cortes Constitucionais implicam uma análise de questões que a doutrina estrangeira classifica como *desacordos razoáveis*.”¹⁷²

A teoria de Kelsen quanto à jurisdição constitucional, determinou uma estrutura hierárquica de normas, arranjada de maneira objetiva e lógica no intuito de reduzir a margem de discricionariedade dos juízes àquela diante das hipóteses fixadas pela norma. Dessa forma, a Corte Constitucional teria competência apenas para eliminar o que não fosse conforme a norma suprema. No entanto, em casos, controvertidos e demasiadamente polêmicos, que envolvem diversas matérias e posicionamentos, não se vislumbra indícios nos textos constitucionais, de quais caminhos seguir.¹⁷³ “Decidir se as pesquisas com células-tronco estão de acordo com a ordem constitucional vigente revela-se uma decisão muito mais subjetiva do que jurídica. Não há qualquer técnica em que se apoie o magistrado para defender

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Informativo STF n. 345/2004. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 21 de agosto de 2013.

¹⁷¹ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2973, 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19822>> Acesso em: 13 jan. 2014.

¹⁷² GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2973, 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19822>> Acesso em: 13 jan. 2014.

¹⁷³ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2973, 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19822>> Acesso em: 13 jan. 2014.

qualquer um dos pontos de vista.”¹⁷⁴ Nesse aspecto, Jeremy Waldron aponta a complicação prática referente à perspectiva interna de cada julgador:

(...) é possível que diferentes juízes alcancem diferentes resultados, mesmo quando eles acreditam estarem diante da resposta correta, e nada sobre a ontologia de respostas corretas dá a nenhum deles razão para pensar que sua visão pessoal é mais correta do que qualquer outra visão.¹⁷⁵

Destarte, diante de posições antagônicas, é preciso construir um ponto de equilíbrio e reconhecer a necessidade de conciliação entre interesses de justiça e legalidade, mediante a interação dos Poderes na efetivação das normas e valores constitucionais. Parece acertado dizer que a interdependência entre legisladores e juízes constitucionais afasta a concepção segundo a qual somente governadores e legisladores têm poder normativo, bem como as afirmativas de que apenas as cortes são verdadeiros juízes da constitucionalidade das leis.¹⁷⁶ Há de prevalecer a obediência ao Direito com a devida margem de liberdade aos juízes para resolver questões da contemporaneidade, sem, contudo, causar crises institucionais.

3.5 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

É notório o aumento da demanda por provisões judiciais, por diversas razões anteriormente aqui tratadas, entre elas, a crise de representatividade do Poder Legislativo, a ampliação constitucional de matérias que podem ser alçadas do Supremo Tribunal Federal e a visibilidade pública da corte nos meios de comunicação. Soma-se a isso o fato de que a legislação infraconstitucional, permeada de muitas omissões, exige do Supremo Tribunal Federal uma maior atuação. Para os Ministros, essa empreitada advém da missão constitucional atribuída ao STF. Neste sentido, foram as palavras do Ministro Gilmar Mendes em entrevista à Revista Veja: “Não é por razões ideológicas ou pressão popular. É

¹⁷⁴ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2973, 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19822>> Acesso em: 13 jan. 2014.

¹⁷⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 187, *apud* GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2973, 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19822>> Acesso em: 13 jan. 2014.

¹⁷⁶ PAIVA, Paulo. Juristocracia? In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011, p.521.

porque a constituição exige. Nós estamos traduzindo, até tardiamente, o espírito da Carta de 88, que deu à corte poderes mais amplos.”¹⁷⁷

3.5.1 O direito de greve no serviço público

No julgamento sobre o direito de greve no serviço público realizado em outubro de 2007, a Suprema Corte revelou uma mudança ideológica com o que ocorreu em 1996. Nesta oportunidade, foi decidido que os servidores público não poderiam exercer a greve antes da edição de uma lei regulamentando o assunto — em razão da eficácia limitada da norma constitucional. Logo, na sentença, a corte Suprema reconheceu a mora legislativa e estipulou prazo para que o Congresso editasse a norma. Passados mais de dez sem qualquer atuação do Congresso Nacional sobre a matéria, o Supremo começou a observar que não dispunha de meios para obrigar o Congresso a cumprir a diligência requerida, porque seria uma afronta à separação dos poderes.

Diante disso, “afastando-se da orientação inicialmente perfilhada, [...] passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário” ¹⁷⁸ Ao invés de repetir os passos anteriores, o STF inovou ao suprir o vazio legislativo determinando a extensão da lei de greve aplicada à iniciativa privada sobre os casos do serviço público, pacificando a questão, até a edição da norma pelo Congresso Nacional. O Ministro Carlos Ayres Britto, argumentando a postura jurídica que conferiu a possibilidade legal da greve ao funcionalismo público, argumentou:

Em certos temas, a inapetência legislativa do Congresso beirava a anorexia, e o STF ficava inerte também. Nós nos limitávamos a dizer que o congresso estava em mora legislativa. Pela primeira vez dissemos: não é por falta de lei que vamos deixar de decidir. ¹⁷⁹

¹⁷⁷ GRAIEB, Carlos. A calma é só aparente...Agora adeptos do “ativismo judicial, os ministros do STF ocupam espaços do Legislativo e assumem seu papel político. *Revista Veja*, Edição 2075, de 27 de agosto de 2008. Disponível em < http://veja.abril.com.br/270808/p_060.shtml > Acesso em 02 nov. 2013.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo N° 485*. Mandado de injunção e Direito de Greve - 8. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo485.htm#Mandado de Injunção e Direito de Greve - 8](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo485.htm#Mandado%20de%20Injuncao%20e%20Direito%20de%20Greve)>. Acesso em: 02 nov. 2013.

¹⁷⁹ MICHAEL, Andrea. STF amplia participação no debate público. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 de agosto de 2008. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1008200812.htm>> Acesso em 02 nov. 2013.

O que se verificou nesse caso foi que a excessiva omissão legislativa, foi fator determinante para a atuação mais expansiva do Judiciário perante a função legislativa. Essa atitude encontra respaldo na afirmação de que a “[..] força normativa da Constituição e o papel de protagonista institucional conferido ao Poder Judiciário pelas teorias neoconstitucionalistas fornecem razões teóricas para justificar uma postura ativista pelo tribunal em casos — desarrazoados — de omissão legislativa.”¹⁸⁰ A questão da greve foi resolvida com a adoção provisória das regras aplicáveis ao âmbito privado. O tribunal constitucional decidiu de forma prospectiva, voltada para o futuro, inovando por meio de uma postura “criadora de direitos”.

3.5.2 A pesquisa com células-tronco embrionárias

O julgamento da Lei de Biossegurança, que autoriza a pesquisa com células-tronco embrionárias, foi outro caso de grande relevância no novo patamar de atuação política e visibilidade pública ocupado pelo Supremo. Em votação acirrada, por seis votos a cinco, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas e em terapias.

Tendo em vista que a Lei n. 11.105/2005 já havia sido aprovada pelo Congresso Nacional, o constitucionalista Luiz Roberto Barroso, advogado em um dos *amicus curiae*, suscitou que o Tribunal deveria considerar a decisão do legislador, advinda após um processo de inúmeras consultas e debates, inclusive com a realização de audiências públicas, nas quais foram ouvidos os diversos posicionamentos da sociedade brasileira. E assim, o Tribunal deveria abster-se de substituir a decisão legislativa pela sua, por não estar diante de uma inconstitucionalidade patente e, também, por uma questão de ponderação legislativa legítima. Na ocasião, entretanto, esse argumento foi refutado pelos Ministros sem qualquer margem para uma discussão sobre deferência, postura esta que não se confunde com omissão, mas respeito ao legislador democraticamente eleito com a delimitação de claros parâmetros à separação dos Poderes.¹⁸¹

¹⁸⁰ VALLE, Vanice Regina Lório do (Org.) *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.131.

¹⁸¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito G V*, a.4, v.2, jul/dez. 2008, p.452.

À vista disso, Oscar Vilhena, no artigo “Supremocracia”, critica o comportamento da Suprema Corte brasileira:

Embora o Supremo tenha desde muito cedo em sua história tido uma postura de se permitir substituir decisões do legislador, especialmente quando estas afrontam direitos, o fato é que não se costumava eliminar de forma tão radical argumentos que tomassem em consideração a necessidade de uma conduta deferente. O que ficou claro é que o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores.¹⁸²

Para o Ministro Gilmar Mendes, entretanto, o julgamento confirmou o inabalável compromisso do Tribunal com a defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, ainda que contra a vontade majoritária:

É em momentos como estes que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos.¹⁸³

3.5.3 A interrupção da gestação de feto anencefálico

Outro caso bastante polêmico levado ao Supremo Tribunal Federal questionava o direito à vida diante da possibilidade de interromper a gestação de feto anencefálico. Por 8 votos a 2, o Supremo Tribunal Federal permitiu a interrupção do parto em casos de feto com anencefalia. Para alguns, a decisão foi louvável, caso interpretada em defesa da dignidade humana da mulher grávida, como registrou o Ministro Marco Aurélio Mello: "A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher"¹⁸⁴. Para outros, o Supremo extrapolou suas atribuições e se pôs no lugar do Legislativo.

O Ministro Lewandowski, em um voto técnico, argumentou que a Suprema Corte não possui a atribuição de legislar em substituição ao Congresso Nacional.

¹⁸² Ibid., p.452.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Voto Marco Aurélio Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

Com isso, se o código Penal não ressalva o denominado aborto terapêutico, ao Supremo não é permitido implementar tal espécie, sob o risco de se abrirem precedentes para outros casos:

Uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, abriria portas para interrupção de inúmeros embriões que sofrem ou venham sofrer outras doenças genéticas ou adquiridas, às quais de algum modo levem ao encurtamento de sua vida intra ou extrauterina.¹⁸⁵

Impende salientar que anteriormente à propositura da ADPF n. 54, decisões judiciais de todo o país já estavam reconhecendo às gestantes o direito à antecipação terapêutica do parto, concedendo-lhes alvarás para o procedimento. No entanto, o Habeas Corpus (HC) 84.025-6/RJ, foi primeiro caso sobre a questão que chegou ao Supremo e demonstrou a grande necessidade do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.¹⁸⁶ Após ouvir diversas entidades religiosas, médicas, científicas e, inclusive mulheres que passaram por gestação nessas condições¹⁸⁷, a Corte Suprema declarou inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação dos dispositivos do Código Penal que criminalize a antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico¹⁸⁸. No caso concreto, entretanto, houve perda do objeto jurídico, pois quando o referido *Habeas Corpus* foi à plenário para julgamento pelos Ministros, o parto da gestante havia ocorrido dias antes e o feto anencefálico sobreviveu por apenas sete minutos.¹⁸⁹

Mais uma vez, portanto, provocado a se manifestar na ausência de disposição legislativa específica para determinado tema, o Judiciário se viu no papel de exercer a regulamentação da matéria. Entendeu a maioria da Corte que a falta de disposição

¹⁸⁵ MARQUES, Luciana. Lewandowski: legislação não permite aborto terapêutico. *Revista Veja*, 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lewandowski-diz-que-legislacao-nao-permite-aborto-terapeutico>> Acesso em: 19 de setembro de 2013.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Voto Marco Aurélio Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009. p.21-22. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html>> Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

¹⁸⁸ SANTOS, Débora. Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime. *G1, O Portal de Notícias da globo*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>> Acesso em 5 de outubro de 2013.

¹⁸⁹ PATRIARCHA, Giselle Christine Malzac. Interrupção da gestação do feto anencéfalo: aborto ou antecipação terapêutica do parto?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2971, 20 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19826>>. Acesso em: 2 fev. 2014.

normativa quanto à questão, não pode justificar a ofensa à integridade física e psíquica da mulher. O Ministro Gilmar Mendes colocou em seu voto a necessidade social de definir uma postura sobre o tema:

O aborto de fetos anencéfalos está compreendido entre as duas causas excludentes já previstas no Código Penal [estupro e risco de morte para mãe], não citada pelo legislador de 1940 até pelas limitações tecnológicas, imagino [...] Não parece tolerável que se imponha à mulher esse tamanho ônus à falta de um modelo institucional adequado para resolver esta questão. [...] A falta de modelo adequado contribui para essa verdadeira tortura psíquica e física causando danos talvez indelévels na alma dessas pessoas.¹⁹⁰

3.5.3 O reconhecimento da união estável homoafetiva

Outro importante caso e um dos mais polêmicos foi o julgamento da união estável homoafetiva. Os ministros do supremo Tribunal federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

Diante da retração legislativa sobre as relações homoafetivas, indivíduos postos à margem na seara jurídica demandaram perante o Poder Judiciário no intuito de terem seus direitos proclamados, uma vez que ao juiz não cabe a escusa em dizer o direito ao argumento de ausência normativa para tal. É o que expressamente dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.¹⁹¹

Sobre o tema, Ives Gandra Martins em artigo intitulado “Ativismo Judicial do STF”, relatou que a temática já havia sido tratada no Conselho Constitucional da França em janeiro de 2011. Na ocasião, foi decidido que a união homossexual merece tratamento diferente da união entre homem e mulher:

[...] o princípio segundo o qual o matrimônio é a união de um homem e de uma mulher fez com que o legislador, no exercício de sua competência, que lhe atribui o artigo 34 da Constituição, considerasse que a diferença de situação entre os casais do mesmo sexo e os casais compostos de um

¹⁹⁰ G1, O Portal de Notícias da globo. *Veja como votaram os Ministros do STF sobre o aborto de feto sem cérebro*, 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>> Acesso em: 5 de outubro de 2013.

¹⁹¹ LEITE, Emanuela Vasconcelos. Contornos da decisão do STF sobre as uniões homoafetivas e a possibilidade das citadas uniões em casamento. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.gov.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=12&Itemid=52>. Acesso em: 5 mar. 2014.

homem e uma mulher pode justificar uma diferença de tratamento quanto às regras do direito de família [...].¹⁹²

Após, sem adentrar ao mérito quanto à relação homossexual, o Conselho Constitucional da França entendeu que “[...] não cabe ao conselho constitucional substituir, por sua apreciação, aquela de legislador para esta diferente situação.”¹⁹³ E concluiu que somente o Poder Legislativo poderia fazer tal equiparação, inviável por um Tribunal Judicial, que, no caso, não poderia considerar as disposições alegadas como contrárias a qualquer direito ou liberdade previsto na Constituição garante.¹⁹⁴

Tendo por paradigma a Corte Constitucional francesa, Ives Gandra Martins critica o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na decisão que reconheceu a união estável para casais homoafetivos considerando que o STF “incinerou o §2º do art. 103, ao colocar sob sua égide um tipo de união não previsto na Constituição, como se Poder Legislativo fosse, deixando de ser ‘guardião’ do texto supremo para se transformar em ‘Constituinte derivado’.”¹⁹⁵

No mesmo sentido, William Douglas afirma que a Suprema Corte ao invés de se limitar a assegurar direitos de casais discriminados, invadiu o texto da Constituição para muda-lo *manu militari*:

O STF não se limitou a garantir a extensão de direitos, mas quis reescrever a Constituição e modificar conceitos, invadindo atribuições do Poder Legislativo. Conceder aos casais homossexuais direitos análogos aos decorrentes da união estável é uma coisa, mas outra coisa é mudar conceitos de termos consolidados, bem como inserir palavras na Constituição, o que pode parecer um detalhe aos olhos destreinados, mas é extremamente grave e sério em face do respeito à nossa Carta Magna. ‘Casamento’ e ‘união civil’ não são mera questão de semântica, mas de princípios. Nem por boas razões o STF pode ignorar os princípios da maioria da população e inovar sem respaldo constitucional.¹⁹⁶ (grifo nosso)

¹⁹² MARTINS, Ives Gandra. Ativismo Judicial do STF. *Revista Visão Jurídica*. Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>> Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

¹⁹³ MARTINS, Ives Gandra. Ativismo Judicial do STF. *Revista Visão Jurídica*. Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>> Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

¹⁹⁴ MARTINS, Ives Gandra. Ativismo Judicial do STF. *Revista Visão Jurídica*. Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>> Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

¹⁹⁵ MARTINS, Ives Gandra. Ativismo Judicial do STF. *Revista Visão Jurídica*. Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>> Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

¹⁹⁶ DOUGLAS, William. STF quis reescrever a Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, 13 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>> Acesso em: 14 de setembro de 2013.

Com relação a essa postura proativa do Tribunal constitucional, Ives Gandra ainda sugeriu a possibilidade de o Poder Legislativo “[...] anular tal decisão, baseado no artigo 49, inciso XI da CF/1988, que lhe permite sustar qualquer invasão de seus poderes por outro poder, contando, inclusive, com a garantia das Forças Armadas (art. 142, caput) para garantir-se nas funções usurpadas, se solicitar esse auxílio.”¹⁹⁷

Diante disso, é imprescindível destacar a lição de Paulo Roberto Iotti¹⁹⁸, segundo a qual a Constituição, ao regular a união estável entre homem e mulher, não excluiu a possibilidade da união homoafetiva, até porque não se vislumbram proibições implícitas no ordenamento jurídico brasileiro, as restrições são tipificadas e expressas. Assim:

[...] a lacuna efetivamente existe e não há *limites semânticos no texto* a impedir a exegese adotada pelo STF. Cabe notar, ainda, a obviedade segundo a qual não se está dizendo que a expressão ‘*entre o homem e a mulher*’ abrangeria a união homoafetiva, mas que esta expressão não tem o cunho de proibir o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo porque o simples fato de o enunciado normativo citar uma situação fática (como o fato heteroafetivo, a união entre homem e mulher) não significa ‘*proibição implícita*’, pois se assim fosse a analogia seria eternamente e desde sempre inviabilizada, pois os enunciados normativos em geral citam uma situação fática em sua redação — mesmo porque proibições implícitas não existem no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro por força do art. 5º, inc. II, da CF/88, que estabelece a necessidade de enunciado normativo expresso para que se caracterize um proibição/restrição no direito Brasileiro.¹⁹⁹

O Ministro Gilmar Mendes²⁰⁰, ao se pronunciar pela constitucionalidade da união estável homoafetiva, afirmou se tratar de um caso envolvendo claramente a proteção dos direitos fundamentais. Conforme o Ministro, a ideia de opção sexual está inserida no exercício da liberdade e no direito de cada indivíduo autodesenvolver sua personalidade. Para ele, a falta de um modelo institucional que proteja casais homossexuais estimula a discriminação e “talvez contribua até mesmo

¹⁹⁷ MARTINS, Ives Gandra. Ativismo Judicial do STF. *Revista Visão Jurídica*. Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>> Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

¹⁹⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2870, 11 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19086>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

¹⁹⁹ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2870, 11 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19086>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 21 de janeiro de 2014.

para as práticas violentas que de vez em quando temos tido notícias em relação a essas pessoas, práticas lamentáveis, mas que ocorrem.”²⁰¹

Conforme sustentou o Ministro, havia um “limbo jurídico” sobre a questão, resultado do silêncio do Congresso Nacional diante do assunto. Nesse sentido, afirmou que a competência originária para regular a matéria pertencia ao Poder Legislativo. No entanto, a inércia desse poder, não exime a Corte Constitucional do dever de garantir a proteção da união homoafetiva em reverência aos direitos fundamentais e aos direitos das minorias.²⁰²

Ao final, ressaltou que seu voto se limitava a reconhecer a existência legal da união homoafetiva por interpretação analógica do texto constitucional, sem adentrar noutros desdobramentos, pois “[...] pretender regular isto, como poderia talvez fazê-lo o legislador, é exacerbar demais essa nossa vocação de legisladores positivos, para usar a expressão tradicional, com sério risco de descarrilharmos, produzindo lacunas.”²⁰³ E destacou que a interpretação literal da Constituição não deixa nenhuma dúvida que o texto se refere à união estável entre homem e mulher, porém, “[...] o fato de a constituição proteger a união estável entre homem e mulher não significa uma negativa de proteção à união civil estável entre pessoas do mesmo sexo.”²⁰⁴ Assim, embora omissa a legislação “[...] há outros direitos de perfil fundamental que justificam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações (homoafetivas) existentes”.²⁰⁵

Emanuela Vasconcelos Leite²⁰⁶, pondera que as razões de decidir da corte alicerçaram-se nas proteções constitucionais como o princípio da dignidade da

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 21 de janeiro de 2014.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 21 de janeiro de 2014.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 21 de janeiro de 2014.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 21 de janeiro de 2014.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 21 de janeiro de 2014.

²⁰⁶ LEITE, Emanuela Vasconcelos. Contornos da decisão do STF sobre as uniões homoafetivas e a possibilidade das citadas uniões em casamento. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.gov.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=12&Itemid=52>. Acesso em: 5 mar. 2014.

pessoa humana, o princípio da não-discriminação e princípio da igualdade. Além disso:

Quando a CF coloca como um de seus objetivos a 'promoção do bem de todos' está sinalizando para um comportamento jurídico ativo, ou seja, o Estado deve agir **positivamente** para alcançar a meta a que se propõe a Carta Constitucional. No entanto esse "agir" imposto pelo constituinte deve se dá de forma a atingir todos os brasileiros que se encontrem em situações similares, vedando-se o tratamento distinto em razão de fatores que não o desigualem.²⁰⁷ (grifo do original)

Tendo em vista os casos analisados, é possível notar que as transformações sociais exigem do direito a dinâmica e o impulso para evoluir no ajuste das metamorfoses ocorridas e não deixar de garantir direitos pela ausência de disposição normativa para determinadas questões de suma relevância na comunidade.

Assim, a tão polêmica e controversa atuação proativa e ativista do Supremo Tribunal Federal parece justificar-se quando o que está em questão é a ofensa a direitos fundamentais diante da ausência de normas específicas para determinados casos. Tal critério, contudo, ainda é permeado de incertezas ante as dificuldades interpretativas e ideológicas do sentido e alcance dos chamados direitos fundamentais.

3.6 Um problema de “Direito”

Orlando Gomes²⁰⁸, há mais de três décadas, já alertava para necessidade de adequar a aplicação das normas à realidade material. Os valores consagrados nas leis e na Constituição se veem numa problemática quanto à efetivação prática diante do sistema jurídico-científico erguido à "pretensa neutralidade capaz de resolver todos os conflitos pela mera aplicação mecânica dos dispositivos legais".²⁰⁹

²⁰⁷ LEITE, Emanuela Vasconcelos. Contornos da decisão do STF sobre as uniões homoafetivas e a possibilidade das citadas uniões em casamento. p.6 Disponível em: <http://www.defensoria.ce.gov.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=12&Itemid=52>. Acesso em: 5 mar. 2014.

²⁰⁸ GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações. 2. ed. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. apud Iwasaki, Micheli Mayumi. "Supremocracia" e estado de exceção: paradoxos da justiça constitucional brasileira. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA*, Salvador, n. 19, p. 151–171, jul./dez., 2009, p.162.

²⁰⁹ Iwasaki, Micheli Mayumi. "Supremocracia" e estado de exceção: paradoxos da justiça constitucional brasileira. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA*, Salvador, n. 19, p. 151–171, jul./dez., 2009, p.162.

As constantes transformações ideológicas e culturais na sociedade, as desigualdades existentes na realidade concreta, bem como a diversidade dos indivíduos e das relações jurídicas estão reduzidas à normatividade estática e incongruente com a multiplicidade de situações colocadas em questão.²¹⁰ Isso demonstra a necessidade de novos fundamentos filosóficos e dogmáticos ao Direito, pois as diversas mudanças sociais refletem diretamente na legislação e na doutrina, alterando o próprio significado do sistema como um todo.²¹¹

Numa perspectiva sociológica, Alfredo Castanheira Neves constata que:

o direito existente e o seu sistema (na sua índole normativa, nos seus modelos dogmáticos, nas suas possibilidades institucionais) revelar-se-ia *normativamente inadequado* (nas respostas ou soluções pedidas pelas novas questões, respostas ou soluções que ele verdadeiramente já não daria) e *institucionalmente ineficiente* (na sua estrutural funcionalidade e na própria capacidade decisória ou sequer de absorção de conflitos), a determinar assim a carência de um outro mais adequado e apetrechado direito.²¹² (destaques do original)

No mesmo sentido, Antônio Alberto Machado²¹³ critica as teorias dogmáticas tradicionais do direito, na medida em que estas apontam a estabilidade, a segurança jurídica, e a permanência das forças sociais como as maiores virtudes do sistema jurídico, e ignoram a potencial transformador do direito na sociedade.

Para o autor, "o direito é um fenômeno ideológico"²¹⁴ e, como tal, pode servir à reprodução dos interesses da classe econômica dominante, positivados nas normas vigentes. Assim, destaca o posicionamento de uma teoria crítica que busca por fim ao "mito da neutralidade do direito"²¹⁵ e tem por estratégia utilizar as contradições e omissões normativas para inserir no arcabouço estatal "os interesses das classes populares, historicamente excluídas do processo decisório, sempre na tentativa de conferir uma função efetivamente social e um papel transformador do

²¹⁰ Iwasaki, Micheli Mayumi. "Supremocracia" e estado de exceção: paradoxos da justiça constitucional brasileira. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA*, Salvador, n. 19, p. 151–171, jul./dez., 2009, p.163.

²¹¹ Iwasaki, Micheli Mayumi. "Supremocracia" e estado de exceção: paradoxos da justiça constitucional brasileira. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA*, Salvador, n. 19, p. 151–171, jul./dez., 2009, p.163.

²¹² NEVES, Alfredo Castanheira. *O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012, p.10.

²¹³ Machado, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 28.

²¹⁴ *Ibid.*, p.15.

²¹⁵ *Ibid.*, p.27.

direito".²¹⁶ Segundo essa teoria crítica, a limitação lógico-formal, meramente descritiva das normas e instituições, nos termos postos pelo legislador

jamais responderá às necessidades concretas dos sujeitos sociais. Tais necessidades, demandas e aspirações somente podem ser absorvidas e contempladas por meio de uma aplicação do direito inteiramente articulada com a base material da sociedade, sensível aos problemas reais desta última e comprometida com a sua transformação democrática.²¹⁷

Antonio Alberto Machado destaca ainda que as correntes críticas do direito requerem uma atuação democrática do direito, partindo de uma hermenêutica que, sem desprezar determinados padrões de legalidade, possa transcender na interpretação do ordenamento normativo a fim de alcançar o valor fundamental, no intuito último de tornar o direito um instrumento de transformação social, política e econômica.²¹⁸ Além disso, nessa proposta, as instâncias de aplicação do direito seriam controladas e fiscalizadas pelos movimentos sociais de base, de modo popular e informal para efetivar "o uso democrático do direito".²¹⁹

Vale observar, entretanto, que não há uma teoria crítica sedimentada e institucionalizada, para determinar em que consiste o uso democrático do direito, tampouco que instrumentos hermenêuticos poderiam proporcionar, de fato, as mudanças sociais.²²⁰ A discussão, no entanto, embora permeada de contradições quanto ao modo de atuação do jurista, provoca ao profissional do direito a formação de uma nova mentalidade, em contraste aos paradigmas tradicionais, e, de algum modo, desafiadora ao papel ativo na efetivação de direitos e mudanças sociais.²²¹

No que toca à autonomia normativa do Direito, Alfredo Castanheira Neves menciona que é um o "platonismo de normas" considerar-se a existência do direito em si num sistema normativo independentemente da sua concreta realização.²²² Para ele, a autonomia construída segundo uma normatividade, dogmaticamente,

²¹⁶ Ibid., p.28.

²¹⁷ Ibid., p.28.

²¹⁸ Machado, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.

²¹⁹ Ibid., p. 29.

²²⁰ Ibid., p. 179.

²²¹ Ibid., p.180.

²²² NEVES, Alfredo Castanheira. *O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012, p.26.

acabaria fechada sobre si e, por isso, alienada à evolução da realidade social, bem como aos problemas que esse novo contexto exige.²²³

Diante disso, Castanheira Neves afirma que o jurista político seria o requisito necessário à existência dessa sociedade em contínua mutação social e isso implicaria na demanda por uma teoria política do direito, ou seja, a politização jurídica.²²⁴ Assim, o juiz seria um autônomo interventor, bem como criador das soluções necessárias aos fins e interesses sociais. Isso, portanto, permitiria a participação jurídica na realização de políticas sociais e a melhor condução dos interesses em causa.²²⁵

Por fim, o autor conclui que é indispensável a afirmação da autonomia do direito, porém, numa dimensão dinâmica e reflexiva num contínuo diálogo com a realidade prática, pois "não basta que uma prática seja intencionalmente pensada, é necessário que seja realmente prática ou prática cumprida."²²⁶

²²³ Ibid., p.29.

²²⁴ Ibid., p.42.

²²⁵ NEVES, Alfredo Castanheira. O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012, p.44.

²²⁶ NEVES, Alfredo Castanheira. O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012, p.73-74.

CONCLUSÃO

Como visto, o ativismo judicial é um fenômeno que não se restringe apenas ao Supremo Tribunal Federal, mas abarca diversos países. A adoção dessa postura remete à influência do constitucionalismo norte-americano aliada à insatisfação quanto à representatividade, bem como quanto à gestão de políticas públicas por parte dos Poderes Legislativo e Executivo.

A democracia contemporânea ampliou o rol de direitos fundamentais e sociais e, ao conferir aos juízes a guarda das normas constitucionais, terminou por responsabilizar o Judiciário pela garantia de direitos como um todo, permitindo que quase toda matéria fosse tratada nos tribunais, sem retirar, contudo, a obrigação julgadora diante de omissões normativas.

Nesse ponto, o ativismo judicial é frequentemente questionado ao argumento de ferir a legitimidade, a democracia e a separação dos poderes. No entanto, diante de uma omissão legislativa, ou lacuna normativa no ordenamento jurídico, o juiz tem o dever de apreciar a matéria, tendo em vista que não pode afastar a prestação judicial ao fundamento de inexistência de lei. Além disso, não se mostra razoável que um direito fundamental, constitucionalmente protegido, fique prejudicado à espera da atuação do legislador ordinário.

Quanto à legitimidade do Tribunal Constitucional, caso o ativismo, em determinado contexto, seja considerado um abuso ou usurpação de competência em prejuízo à sociedade, não seria legitimado e deveria ser obstado. Porém, até o momento, esse modo de atuação tem servido como solução à concretização de direitos constitucionais e, assim, efetivado a democracia, concedendo e protegendo, também, os direitos das minorias.

Sendo assim, diante de posições doutrinárias antagônicas, é preciso construir um ponto de equilíbrio e reconhecer a necessidade de conciliação entre interesses de justiça e legalidade, mediante a interação dos Poderes na efetivação das normas e valores constitucionais. Assim, parece acertado concluir que a interdependência entre legisladores e juízes, na proteção e efetivação de direitos, permite refutar a tese segundo a qual somente governadores e legisladores têm poder normativo, bem como afirmações que apenas as cortes são verdadeiros juízes da constitucionalidade. Por isso, deve prevalecer a obediência ao Direito com a

indispensável margem de liberdade aos juízes para resolver os problemas da contemporaneidade, sem, contudo, causar crises institucionais.

Posto isso, a postura ativista, embora possa transcender determinadas disposições legais para proteger normas da constituição, não pode ser defendida de modo cético ou absoluto em que tudo se pode em nome da justiça. Até porque, sendo um conceito ainda impreciso, o ativismo judicial deverá sempre ser contextualizado, de modo que permita averiguar em que medida esse fenômeno promove a concretização de direitos, ou, se o seu argumento encobre a violação da justiça.

Diante dos casos observados no Supremo Tribunal Federal, observa-se uma postura principiológica, valorativa e de orientação mais pragmatista na apreciação de matérias para as quais não haja postulado legal. Verifica-se que a maior parte das questões, em direitos fundamentais, advém de situações para as quais a legislação mostra-se insuficiente, tanto por não abarcar recentes transformações na sociedade, como por estar ainda lacunosa ante as omissões legislativas.

Há de se registrar, ainda, que a cautela é demasiadamente importante aos juízes, pois estes carregam a prerrogativa de aplicar direitos ou negar pretensões em observância às disposições constitucionais, inclusive seus valores e princípios. Além disso, a eles é fundamental a tentativa de prever o impacto das decisões não apenas no caso concreto, mas diante das mais amplas consequências jurídicas, sociais, políticas ou econômicas.

Além disso, a discussão sobre ativismo judicial também remete ao papel do juiz como realizador de direitos e não mero árbitro legalista. Diante das desigualdades sociais, omissões legislativas, ambiguidades legais, entre outros fatores, no contexto de constantes mudanças sociais emerge um novo paradigma no qual o jurista pode transcender a dogmática tradicional para fazer do direito um instrumento efetivador de justiça e transformação social, em concretização e observância aos valores e fins constitucionais, ante os anseios da sociedade.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, Ésse Outro Desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 8, n.1, p. 1- 43, jan/jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 12, n. 96, fev/maio. 2010.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: Ano I, v. I, n. 6, set. 2001, p.7. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 16 set. 2013.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, Brasília, n. 4, jan/fev, 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/0901.html>> Acesso em: 19 de janeiro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Voto Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em 21 de janeiro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Informativo STF n. 345/2004. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 21 de agosto de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Voto Marco Aurélio Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo N° 485*. Mandado de injunção e Direito de Greve - 8. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo485.htm#Mandado de Injunção e Direito de Greve - 8](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo485.htm#Mandado%20de%20injuncao%20e%20Direito%20de%20greve%20-%208)>. Acesso em: 02 nov. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n.34, p. 147-156, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires. A dimensão política da jurisdição Constitucional. *Revista de Direito Administrativo*. v. 225. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Bárbara Lou da C., V., (Org). *Direito e Democracia: Estudos sobre o Ativismo Judicial*. São Paulo: Método, 2011.

DOUGLAS, William. STF quis reescrever a Constituição. *Revista Consultor Jurídico*, 13 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>> Acesso em: 14 de setembro de 2013.

EISENBERG, José. *Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.) *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: UFMG; IUPERJ/FAPERJ. 2002.

ELY, Jhon Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988. 129 p.

G1, O Portal de Notícias da globo. *Veja como votaram os Ministros do STF sobre o aborto de feto sem cérebro*, 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>> Acesso em: 5 de outubro de 2013.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *Entre Kelsen e Hércules: Uma análise jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19822/entre-kelsen-e-hercules-uma-analise-juridico-filosofica-do-ativismo-judicial-no-brasil>> Acesso em: 13 jan. 2014.

GARAPON, Antoine. *O guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GENOINO, José; MOREIRA, Luiz. Judicialização da política. *Teoria e Debate*. a. 23, v. 22, n.84, p. 8-10, set/out. 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004.

GRAIEB, Carlos. A calma é só aparente...Agora adeptos do “ativismo judicial, os ministros do STF ocupam espaços do Legislativo e assumem seu papel político. *Revista Veja*, Edição 2075, de 27 de agosto de 2008. Disponível em <http://veja.abril.com.br/270808/p_060.shtml> Acesso em 02 nov. 2013.

GUERRA, Rabay Gustavo. O papel político do judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. *Revista*

Direitos Fundamentais & Democracia. v. 14, n. 14.2, p. 1-19, jul/dez 2008, p. 3.
Disponível em: <
<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/136>>. Acesso em 22 jan 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997.

Iwasaki, Micheli Mayumi. "Supremocracia" e estado de exceção: paradoxos da justiça constitucional brasileira. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFBA*, Salvador, n. 19, p. 151–171, jul./dez., 2009.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEITE, Emanuela Vasconcelos. Contornos da decisão do STF sobre as uniões homoafetivas e a possibilidade das citadas uniões em casamento. Disponível em: <http://www.defensoria.ce.gov.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=12&Itemid=52>. Acesso em: 5 mar. 2014.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 2009.

Machado, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Luciana. Lewandowski: legislação não permite aborto terapêutico. *Revista Veja*, 11 de abril de 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/lewandowski-diz-que-legislacao-nao-permite-aborto-terapeutico>> Acesso em: 19 de setembro de 2013.

MARTINS, Ives Gandra. Ativismo Judicial do STF. *Revista Visão Jurídica*. Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>> Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade "órfã". Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque, *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, n. 58, nov. 2000. p. 183-202. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/92/20080627_judiciario_como_superego.pdf> Acesso em 20 out. 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008

_____. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MICHAEL, Andrea. STF amplia participação no debate público. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 10 de agosto de 2008. Disponível em

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1008200812.htm>> Acesso em 02 nov. 2013.

MORO, Sergio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Paraná, v. 36. p. 337- 357, 2001.

NEVES, Alfredo Castanheira. O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.

PAIVA, Paulo. Juristocracia? In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011.

PATRIARCHA, Giselle Christine Malzac. Interrupção da gestação do feto anencéfalo: aborto ou antecipação terapêutica do parto?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2971, 20 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19826>>. Acesso em: 2 fev. 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; Czelusniak, Vivian Amaro. Constitucionalismo e Democracia nas Análises Procedimentalista e Substancialista. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Santa Catarina, v. 33 n. 65, p. 189-207, dez. 2012.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

SANTOS, Débora. Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime. *G1, O Portal de Notícias da globo*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>> Acesso em 5 de outubro de 2013

SOUSA E BRITO, José de, et al. *Legitimidade e Legitimação da Justiça Consitucional: Colóquio no 10^o Aniversário do Tribunal Constitucional* – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra Editora, 1995.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas: O dilema Brasileiro entre o Ativismo e a Autocontenção no Exame Judicial das Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.) *Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p.20.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF e a união estável homoafetiva. Resposta aos críticos, primeiras impressões, agradecimentos e a consagração da homoafetividade no Direito das Famílias. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2870, 11 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19086>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Supremocracia. *Revista Direito GV*, a. 4, v.2, p. 441-463, jul/dez. 2008.

_____. *Supremo Tribunal Federal*: jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. *Yale Law Journal*, vol 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006.

ZANITELLI, Leandro Martins. Waldron e o controle judicial de constitucionalidade das leis: um estudo crítico sobre The core of the case against judicial review. *Direito e Democracia*, Canoas, v. 9, n. 1, p. 59-74, jan/jul. 2008.